



**T.C.
SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI**

**İSLAM CEZA HUKUKUNDA MAĞDUR
(YÜKSEK LİSANS TEZİ)**

Ünal YERLİKAYA

TEZ DANIŞMANI: Doç. Dr. Talip TÜRCAN

ISPARTA, 2006

T.C
SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
MÜDÜRLÜĞÜ

YÜKSEK LİSANS
TEZ SAVUNMASI ve SÖZLÜ SINAV TUTANAĞI

İLGİ: Enstitü Yönetim Kurulu'nun 03/08/2006 Tarih ve 05./C...Sayılı Kararı
Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalında Yüksek Lisans öğrenimi
gören 0330207089 numaralı Hısal YERLİKAYA'nın
hazırladığı İslam Ceza Hukukunda Mağdur

konulu
YÜKSEK LİSANS TEZİ ile ilgili TEZ SAVUNMASI ve SÖZLÜ SINAVI Lisansüstü Öğretim
Yönetmeliği'nin 25. Maddesi uyarınca 18./08./2006 Cuma günü saat 10.00'da
yapılmış; sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tez savunmasını
KABULÜNE / REDDİNE / DÜZELTME SÜRESİ VERİLMESİNE OYBİRLİĞİYLE/
OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

SINAV JÜRİSİ

Prof.Dr. Tolat SAKALLI

Doç.Dr. Adnan KOŞUM

Doç.Dr. Talip TÜRKAN

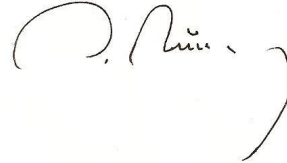
ÜYE



ÜYE



ÜYE



Madde-25 Tez Sınavının tamamlanmasından sonra Jüri tez hakkında salt çoğunlukla "KABUL"
,"RET" veya "DÜZELTME" kararı verir. Bu karar, Enstitü Anabilim Dalı Başkanlığınca tez
sınavını izleyen üç gün içinde ilgili Enstitüye tutanakla bildirilir. Tezi reddedilen öğrencinin
Enstitü ile ilişkisi kesilir. Tezi hakkında düzeltme kararı verilen öğrenci en geç üç ay içinde
gereğini yaparak tezini aynı jüri önünde yeniden savunur. Bu savunma sonunda da tez kabul
edilmeyen öğrencinin Enstitü ile ilişkisi kesilir.

ÖZET

İSLAM CEZA HUKUKUNDA MAĞDUR

Ünal YERLİKAYA

Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Temel İslam
Bilimleri Bölümü, Yüksek Lisans Tezi, 152 Sayfa, Ağustos 2006

Danışman: Doç. Dr. Talip TÜRÇAN

Bu çalışmanın amacı, ceza uyumsuzluğunun tarafı olan suç mağdurunun nasıl tanımlanabileceği, bu tanımlamanın hangi önkoşulların varlığına bağlı olduğu ve yapılacak tanım çerçevesinde kimlerin suç mağduru olarak tespit edilebileceği sorununu ele almaktır. Ayrıca, suç mağduru olarak tespit edilen süjenin, ceza ve yargılama hukuku açısından konumunun tespiti de amaçlanmaktadır.

Ceza hukukunda suç mağdurunun varlığı, ceza normları yoluyla korunan hukukî değerlerin varlığını zorunlu kılmaktadır. Bu bağlamda, İslam Ceza Hukuku normlarınca korunan ve suçla ihlal edilen hukukî değerın sahibi, suç mağduru olarak belirlenebilmektedir. Suç mağdurunun tespitinde, ceza normlarının yer ve kişi bakımından geçerliliği de belirleyici bir unsurdur. İslam Ceza Hukukunda suç mağduru, günümüz hukuk sistemleri ile mukayese edildiğinde, mülkîlik ve yarı mülkîlik olarak adlandırılacak sistemler çerçevesinde belirlenebilmektedir.

İslam Ceza Hukukunda mağdurun rızasına ve sıfatına bir takım hukukî sonuçlar bağlanmaktadır. Şahsî davaya konu suçlarda, mağdurun rızası, ceza sorumluluğunu kısmen veya tamamen kaldıran hukukî bir sebep olarak değerlendirilirken; mağdurun sıfatı ise, cezaların hafifletilmesine etki eden hukukî bir unsur olarak değerlendirilmektedir.

İslam Ceza Yargılaması Hukukunda, uyumsuzluklarının hangi usul çerçevesinde yargı konusu edileceği, mağdurun toplum veya muayyen bir şahıs olarak tespitine bağlıdır. Buna göre mağduru toplum olan uyumsuzluklar kamu davası yoluyla; mağduru muayyen bir şahıs olan uyumsuzluklar ise, şahsî dava yoluyla yargı konusu edilebilmektedir. Bu farklılığa bağlı olarak şahsî davanın konusu olan uyumsuzluklarda mağdura, af ve sulh yetkisi tanınmaktadır.

Son olarak İslam Ceza Hukukunda, diyet, tazminat ve aynen iadeyle ilgili hukukî düzenlemelerin yanında, özü itibarıyla cezaların şahsîliği ilkesiyle ters düşen kasâme ve âkile müesseseleri yoluyla da mağduriyetin kısmen veya tamamen giderilmeye çalışıldığı görülmektedir.

Anahtar Kelimeler: *Ceza Hukuku, İslam Ceza Hukuku, İslam Ceza Yargılaması Hukuku, Mağdur, Suç, Hukuki Değer.*

ABSTRACT

THE VICTIM IN THE ISLAMIC CRIMINAL LAW

Unal YERLIKAYA

Suleyman Demirel University, Institute of Social Sciences, Department of Basic Islamic Sciences, Master Thesis, 152 pages, August 2006.

Supervising: Assoc. Prof. Dr. Talip TURCAN

This study aims to deal with problems such as in what way defining the victim who is the part of criminal conflict, which preconditions this definition covers and whom to determine as a victim in the frame of the definition to be made. In addition, establishing the position of the subject determined as a victim in terms of criminal and judgement law has also been targeted.

Existence of the victim in criminal law necessitates the presence of juridical values protected by criminal norms. In this context, the owner of juridical value violated through crimes and protected by the norms of Islamic Criminal Law has been able to determined as the victim. In determining the victim, the validity of criminal laws from the stand point of place and person is a distinctive element as well. The victim in Islamic Criminal Law, compared to the law systems of today, can be determined in the frame of the systems that can be called as territoriality and partial territoriality.

Some juridical conclusions have been attached to the consent and quality of the victim in Islamic Criminal Law. In crimes that are subject of personal trials, while the consent of the victim is evaluated as a juridical reason which abolishes the criminal responsibility partially or totally, the quality of the victim is evaluated as a juridical element that affects the extenuation of the penalties.

In Islamic Criminal Judgement Law, in what frame conflicts are to be judged depends on the determination of the victim as society or any persons. So, the conflicts, the victims of whom are society; as for the conflicts, the victims of whom are any persons, can be a matter of judgement through personal trials. In connection with this difference, the victim is given the authority of amnesty and peace for the conflicts, the topics of which are personal trials.

Endly, beside the juridical arrangements related to blood money, compensation and exactly return, it has been observed that the victimization is tried to be removed through kasama and akile institutions which contradict with the personality principle of penalty.

Keywords: *Criminal Law, Islamic Criminal Law, Islamic Criminal Judgement Law, Victim, Crime, Juridical Value.*

ÖNSÖZ

İşlevselliği bakımından hukuk düzeni incelendiğinde, onun, sùjelere bir takım hak ve yetkiler tanıyan ve aynı zamanda onları söz konusu hak ve yetkilerin kullanımında belirli sınırlar içinde davranmaya zorlayan normlar bütününden ibaret olduğu gör÷lmektedir. Hak ve yetkilerin hukuk düzeninin öngördüğü şekilde kullanımı ile sùjelerin belirli biçimde davranmaya zorlanması ise, kimi durumlarda hukukî, kimi durumlarda da cezaî yaptırım ile mümkün olmaktadır. Bu bağlamda, hukuk düzeninin sağlanmasında yaptırım unsuru, uygulanabilirlik açısından hukuk normlarının varlığını anlamlı kılmaktadır. Esasen hukuk normlarını diğersosyal düzen normlarından ayıran başlıca ölçütlerden biri de yaptırım unsurudur. Hukuk normlarının yaptırım unsuruyla işlevsellik kazanabileceğine vurgu yapılarak denilebilir ki; yaptırım, normun ihlalini ve dolayısıyla sùjelerin mağdur olmasını önlemeye yöneliktir. Bu açıdan bakıldığında, mağdur sùjelerin varlığı, yaptırımla desteklenen normların/hukuk normlarının varlık sebebidir. Dolayısıyla mağdur, genel olarak hukuk ilişkisinin özel olarak da ceza ilişkisinin başlıca sùjesidir.

Hukukun, ihlal edilen hak ve menfaatlerin niteliğine bağlı olarak -ceza hukuku, medeni hukuk vb. şeklinde- farklı kollara ayrılması, bir takım kavramların farklı hukuk dalları içinde farklı biçimde tanımlanma zorunluluğunu beraberinde getirmektedir. Buna göre ceza normu yoluyla korunan hakkı ihlal edilen kişi ceza hukuku açısından mağdur olarak kabul edilirken, medeni hukuka ilişkin düzenlemenin konusu olan hakkı ihlal edilen kimse ise, medeni hukuk açısından mağdur olarak kabul edilmektedir. Bu ise mağdur kavramının farklı hukuk dalları açısından, farklı biçimde ele alınması gerekliliğini ortaya koymaktadır. medeni hukuk ve ceza hukuku şeklinde sistematik bir tasnif yapılmadığı İslam hukukunda ise, söz konusu ayrımın gerekliliği daha da önem kazanmaktadır. Bu sebeple çalışmamızda, mağdur kavramının ceza hukuku açısından ne anlama geldiği ve ceza ilişkisi tahlil edildiğinde kimlerin mağdur olarak nitelendirilebileceği sorunu ile mağdur olarak nitelendirilen kimselerin hukukî süreçteki konumları ele alınmıştır.

Akademik bir araştırmanın öngör÷len sürede ve amaçlandığı biçimde tamamlanabilmesi, öncelikle araştırmanın sınırlarını belirleyen iyi bir planın varlığı ve bu plan çerçevesinde sistematik bir çalışmanın gerçekleştirilmiş olmasına bağlıdır. Çalışmayı mantıksal bir kurgu içerisinde ortaya koyabilecek bir planın yapılabilmesi

ve araştırmanın sistematik bir biçimde sürdürülebilmesi, gerek kaynaklara yönlendirmede ve gerekse çalışmayla ilgili okumaların denetlenmesinde alan uzmanlarının katkılarıyla mümkün olmaktadır. Bu gerçeğe bağlı olarak biz de çalışmamızı yürütürken hocalarımızdan istifade etmeye çalıştık. Bu vesile ile çalışmanın her aşamasında desteğini esirgemeyen danışman Hocam Doç. Dr. Talip TÜRCAN başta olmak üzere Prof. Dr. Talat SAKALLI, Yrd. Doç. Dr. Hasan Ali GÖRGÜLÜ, Doç. Dr. Adnan KOŞUM ve Yrd. Doç. Dr. Haluk SONGUR hocalarıma teşekkürü bir borç bilirim.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	ix
KISALTMALAR	ix
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	
MAĞDUR KAVRAMI ve MAĞDURİYETİN ORTAYA ÇIKIŞI	5
A. MAĞDUR KAVRAMI	5
1. Suçun Tanımı ve Unsurları.....	5
2. Suçlu Kavramı.....	8
3. Mağdur Kavramı.....	11
4. Suçun Konusu ve Mağdur Kavramıyla İlişkisi.....	17
5. Suçtan Zarar Gören Kavramı ve Mağdur Kavramıyla İlişkisi.....	25
B. MAĞDURİYETİN ORTAYA ÇIKIŞI	32
1. Ceza Normlarının Koruduğu Haklar ve Mağduriyetin Ortaya çıkışı.....	32
2. Ceza Normlarının Yer-Kişi Bakımından Uygulanması ve Mağduriyetin Ortaya Çıkışı.....	33
İKİNCİ BÖLÜM	
MAĞDURUN BELİRLENMESİ ve MAĞDURUN RIZASI ile SIFATINA	
BAĞLANAN HUKUKÎ SONUÇLAR	40
A. MAĞDURUN BELİRLENMESİ	40
1. Kısas ve Diyet Gerektiren Suçlarda Mağdur.....	40
a. Hayata Karşı İşlenen Suçlarda Mağdur.....	40
b. Vücut Bütünlüğüne Karşı İşlenen Suçlarda Mağdur.....	52
c. Cenin Aleyhine İşlenen Suçlarda Mağdur.....	55
2. Had Cezasını Gerektiren Suçlarda Mağdur.....	63
a. Cinsel Nitelikli Suçlarda Mağdur.....	63
aa. Zina Suçunda Mağdur.....	63
ab. Zina Dışında Kalan Cinsel Nitelikli Suçlarda Mağdur.....	69
b. Kazf Suçunda Mağdur.....	71
c. Hırsızlık Suçunda Mağdur.....	78
d. Hirâbe (Yol Kesme ve Yağma) Suçunda Mağdur.....	84
e. Bağy Suçunda Mağdur.....	89

f. İrtidat Suçunda Mağdur	93
g. İçki İçme Suçunda Mağdur	96
3. Ta'zîr Cezasını Gerektiren Suçlarda Mağdur	98
B. MAĞDURUN RIZASI ile SIFATINA BAĞLANAN HUKUKÎ	
SONUÇLAR	101
1. Mağdurun Rızasına Bağlanan Hukukî Sonuçlar	101
2. Mağdurun Sifatına Bağlanan Hukukî Sonuçlar	107
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	
CEZA YARGILAMASINDA MAĞDUR ve MAĞDURİYETİN	
GİDERİLMESİ	114
A. CEZA YARGILAMASINDA MAĞDUR	114
1. Ceza Uyuşmazlığının Yargı Konusu Edilmesinde Mağdurun Rolü	114
2. Yargılama Sürecinde İspat Külfetinin İddiacıya Yüklenmesi ve	
Müddeînin Yemininin Yargılamaya Etkisi	115
3. Ceza Yargılamasını Sonlandıran Hukukî Bir İşlem Olarak	
Mağdurun Affı	118
4. Ceza Yargılamasını Sonlandıran Hukukî Bir İşlem Olarak	
Mağdurun Suçlu ile Uzlaşması	124
B. MAĞDURİYETİN GİDERİLMESİ	126
SONUÇ	131
BİBLİYOGRAFYA	136
ÖZGEÇMİŞ	143

KISALTMALAR

b.	: Bin
Bkz/bkz.	: Bakınız
by.	: Baskı yeri yok
C.	: Cilt
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
DİA	: Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi
EKEV	: Erzurum Kültür ve Eğitim Vakfı
Hız.	: Hazreti
md.	: Madde
MK	: Medeni Kanun
MÜİFVY	: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
ö.	: Ölüm yılı
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
ty.	: Tarih yok
vb.	: Ve benzeri
yy.	: Yayınevi yok

GİRİŞ

Hukuk sistemi içerisinde cezaî düzenin işlevi, söz konusu düzene uymakla yükümlü olan bireylerin menfaatlerini uyumlu hale getirmek, ilişkilere belirli bir biçim kazandırarak ortaklaşa yaşam şartlarını belirlemek ve böylelikle sosyal düzeni korumaktan ibarettir. Bu bağlamda sosyal düzenin korunması, her bir hukuk normuyla değil, sadece ceza normları yoluyla korunması amaçlanan hak ve menfaatlerin korunmasını ifade etmektedir. Hukukten korunan kimi hak ve menfaatleri, diğer hukukî yaptırımlardan farklı olarak ceza tehdidi içeren normlar yoluyla korumayı amaçlayan ceza hukuku, bu yönüyle diğer hukuk dallarından ayrılmaktadır. Esasen bu ayrım, bir taraftan farklı hukuk dallarının farklı içerik ve nitelikteki hukukî ilişkileri konu edindiğini, bir taraftan da farklı içerik ve nitelikteki uyuşmazlıklara öngörülen hukukî sonuçların farklılığını göstermektedir. Bu anlamda ceza tehdidi içeren normun, dolayısıyla ceza hukukunun konusu olan hak ve menfaatlerin ihlali, hukuka aykırı fiillerden farklı biçimde *suç* olarak tanımlanmaktadır. Bu tanımlama ise, suçla ihlal edilen bir hakkın, bu hakkı ihlal eden aktif bir süjenin/suçlunun ve suçla, hukukten korunan hakkı ihlal edilen pasif bir süjenin/mağdurun varlığını zorunlu kılmaktadır. Bu açıdan ele alındığında, suçla, hukukten korunan bir hakkı ihlal edilen mağdur, ceza uyuşmazlığının tarafı olarak ceza hukukunun en önemli konularındandır. Ancak bu önemine rağmen, gerek Türk Ceza Hukuku alanında gerekse İslam Ceza Hukuku alanında mağdur üzerine yapılan akademik araştırmalar, birkaç çalışmayla sınırlıdır. Mevcut imkânlar dâhilinde yapılan kaynak taraması sonucunda, İslam Ceza Hukukunda mağdurun rızasının hukukîliğini yüksek lisans düzeyinde ele alan iki çalışmanın¹ dışında, kavramsal olarak ve özel hükümler düzeyinde mağdur kavramı üzerine yapılmış herhangi bir çalışmaya rastlanmamıştır. Esasen araştırma konumuzun belirlenmesi aşamasında böyle bir eksikliğin tespiti en temel etkindir.

İslam Ceza Hukuku açısından kavram ve özel hükümler düzeyinde mağdur üzerine herhangi bir çalışmanın yapılmamış olması, aynı zamanda araştırmamızın

¹ Ekşi, Ahmet, *İslam Hukukunda Mağdurun Rızasının Hukuka Aykırılığa Etkisi ve Sorumluluk Bakımından Sonuçları*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2000; Baloğlu, Fatih, *İslam Hukukunda Rızanın Cezaî Sorumluluğa Etkisi*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sakarya 2002.

sınırlarını tespitinde belirleyici bir role sahiptir. Bunun yanında İslam Ceza Hukuku genel hükümlerinin ancak özel hükümlerden hareketle belirlenebilmesi ve dolayısıyla özel hükümler ile kavramların iç içe olması, çalışmamızın sınırlarını belirleyen bir diğer etkidir. Araştırma konumuzu daha geniş açıdan ele almamızın nedeni, mağdur nitelemesinin, kavram olarak ve özel hükümlerde hangi anlamda/anlamlarda kullanıldığının belirlenmesi gereksinimidir. Bu gereksinimden dolayı çalışmamızda öncelikle, mağdur kavramı ve mağdur kavramıyla ilişkili diğer kavramlar ele alınmıştır. Daha sonra, her bir hukuk düzeni açısından olduğu gibi, İslam hukukunun hukuk normlarının gerek inşa gerekse uygulama aşamasında, toplumu çevreleyen diğer sosyal olgulardan müstağni kalamayacağı ve bunun da uygulamada bir takım farklılıkları ortaya çıkaracağı anlayışından hareketle, mağdur kavramı, özel hükümler açısından araştırma konusu edilmiştir. Bu bağlamda hür-köle, Müslüman-gayr-i müslim gibi ayrımların, mağdur nitelemesinin kullanımı ve ceza sorumluluğuna etkisi tespit edilmeye çalışılmıştır. Kısacası çalışmamızda mağdur nitelemesinin, kavramsal olarak ve özel hükümler açısından ceza hukukunun bütünlüğü çerçevesinde ele alınması amaçlanmıştır.

Özellikle belirtmemiz gerekir ki, mağdur nitelemesinin kavram olarak ve özel hükümler açısından hangi anlamlarda kullanıldığı ve mağdurun nasıl belirleneceği sorunu, klasik İslam Hukuku kaynaklarında müstakil başlıklar altında ele alınan konulardan değildir. Bu sorunun, İslam hukukunun bir özelliği olan kazuistik/meselecî yapısından kaynaklandığı söylenebilir. Zira özellikle ceza hukuku açısından bakıldığında, İslam Ceza Hukuku normlarının işlerliğine ilişkin genel ilkelerin, günümüz ceza hukuku genel hükümlerine karşılık gelecek biçimde derlenmediği ve bu alanda klasik olarak nitelendirilebilecek bir çalışmanın bulunmadığı görülmektedir. Bununla birlikte günümüz ceza hukuku genel hükümleri esas alınarak, İslam hukukçularının her bir meselenin çözümünde izledikleri usul incelendiğinde, en azından belli bir hukuk ekolünün benimsediği ilkeleri ifade edecek düzeyde, İslam Ceza Hukuku genel hükümlerine ilişkin ilkeler tespit edilebilmektedir. Bu doğrultuda biz de çalışmamızın özellikle kavramsal çerçevesini, günümüz ceza hukuku genel hükümlerini konu edinen kaynakları ve doktriner tartışmaları esas alarak belirlemeye çalıştık. Bu durum, çalışmamızın klasik kaynaklardaki yeri ve ele alınış tarzı dikkate alındığında bizim için tercih değil, bir

zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Mukayeseli bir çalışmayı amaç edinmemiş olmamıza rağmen, ağırlıklı olarak çalışmamızın birinci bölümünde, yer yer de ilerleyen bölümlerde, gerek genel hükümler açısından gerekse kanun maddelerindeki uygulamalar açısından günümüz ceza hukukuyla ilgili bilgilere yer vermemizin temel gerekçesi, sözünü ettiğimiz zorunluluktur.

Klasik İslam hukuku kaynaklarında ceza hukukunun genel teorisine ilişkin bölümlere yer verilmemiş olması ve ayrıca bu alanda yapılan çağdaş çalışmalarda doğrudan araştırmamızla ilgili bölümlerin bulunmaması sebebiyle, çalışmamızın özellikle birinci bölümünde günümüz ceza hukukunun genel teorisine ilişkin eserlerden yararlanılmıştır. Ayrıca sözü edilen eserlerdeki genel hükümlerin, özel hükümler düzeyindeki uygulamalarına işaret etmek üzere kanun maddelerine atıfta bulunulması, kavramların özel normlardaki karşılığının belirlenmesi bakımından uygun görülmüştür. Çalışmamızda, İslam Ceza Hukuku genel hükümlerinin ve konumuzla ilgili bilgilerin, özel hükümlerden hareketle tespit edilebileceği gerçeğine bağlı olarak büyük ölçüde furû-u'l fıkha dair eserlerden yararlanılmıştır. Söz konusu eserlerden yararlanılırken, imkân ölçüsünde her bir hukuk ekolünün görüşü, yine aynı ekolün görüşlerini derleyen eserler referans alınarak verilmeye çalışılmıştır. Bununla birlikte sınırlı sayıda da olsa, İslam hukuku alanında yapılmış çağdaş çalışmalardan yararlanılmıştır. Ancak söz konusu çalışmalara daha çok, klasik kaynaklara ulaşma ve onlardan yararlanma imkânının bulunmadığı durumlarda başvurulmuştur.

Araştırmamız, büyük ölçüde, ceza hukuku açısından hukukî bir süreci ifade edecek bir plan çerçevesinde yürütülmeye çalışılmıştır. Bu sebeple çalışmamızın ilk bölümünde, ceza hukuku açısından mağdur nitelemesinin yapılabilmesini mümkün kılacak öncül kavramlarla birlikte mağdur kavramıyla doğrudan ilişkili olan diğer kavramlar da verilerek, mağdur nitelemesi kavramsal düzeyde tespit edilmeye çalışılmıştır. Yine aynı bölümde, mağdur nitelemesinin özel hükümler açısından teknik kullanımının temellendirebilmesi için, ceza normlarının koruduğu hak ve menfaatler ile ceza normlarının yer ve kişi bakımından geçerliliği, mağduriyetin ortaya çıkışı ile ilişkilendirilmeye çalışılmıştır. Çalışmamızın ikinci bölümünde, öncelikle ilk bölümde verilen kavramsal çerçeveye uygun olarak, İslam Ceza Hukukunda tanımlanan suç tiplerinde mağdurun belirlenmesine, daha sonra da ceza

hukukunda mağdurun rızasına ve sıfatına bağlanan hukukî sonuçlara yer verilmiştir. Ancak önemle belirtmemiz gerekir ki, mağdurun rızasına ve sıfatına bağlanan hukukî sonuçlar, sadece ceza yargılamasının sonuçları açısından değil, -ilgili bölümlerde daha detaylı biçimde görüleceği üzere- bir bütün olarak ceza hukuku açısından ele alınmıştır. Bu sebeple söz konusu başlıkların, çalışmamızın son bölümünde değil, ikinci bölümünde incelenmesi uygun görülmüştür. Zira hukukî sonuç ifadesi, kimi durumlarda bir fiilin suç olarak tanımlanıp tanımlanmaması, kimi durumlarda da cezaî sorumluluğun kısmen veya tamamen ortadan kalkıp kalkmaması anlamında kullanılmıştır. Çalışmamızın son bölümünde ise, bir önceki bölümde suç mağduru olarak belirlenen süjenin, ceza uyuşmazlığının yargı konusu edilmesindeki rolü ve yargı sürecindeki konumu belirlenmeye çalışılmıştır. Bu bölümde ayrıca, ceza uyuşmazlığının sonucunda ortaya çıkan mağduriyetin giderilmesine yönelik düzenlemeler, hem diyet ve tazminat gibi yaptırımlar açısından hem âkile ve kasâme gibi uygulamalar açısından ele alınmaya çalışılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

MAĞDUR KAVRAMI ve MAĞDURİYETİN ORTAYA ÇIKIŞI

A. MAĞDUR KAVRAMI

1. Suçun Tanımı ve Unsurları

Ceza hukukunda mağdurun belirlenmesi sorunu, en temelde hangi nitelikteki hak ihlallerinin, ceza normları kapsamında değerlendirileceği ya da suç olarak tanımlanacağı sorunudur. Bu bağlamda, herhangi bir hukuka aykırı fiil sonucu ortaya çıkan mağduriyetin ceza hukuku alanında değerlendirilebilmesi, ihlale konu olan normun ceza normu olması ve bu ihlalin de suç olarak tanımlanmasına bağlıdır. Bu sebeple, çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde *mağdur* nitelemesinden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin tespitlerde bulunabilmek için, öncelikle, unsurlarını belirleyerek suçu tanımlamamız gerekmektedir. Genel anlamda suç, ceza normunun ihlalidir. Ancak suçun daha teknik bir tanımını yapabilmek ve onu, hukuka aykırı diğer fiillerden ayrılan yönleriyle ortaya koyabilmek için, öncelikle suçun unsurlarından bahsetmemiz gerekmektedir.

Haksız bir fiilin suç sayılabilmesi için, öncelikle söz konusu fiili suç olarak düzenleyen ve buna bir ceza yaptırımı öngören ceza normunun/ kanun maddesinin var olması gerekir ki, buna doktrinde *suçun kanunî(tipiklik) unsuru* denilmektedir.² Bu bağlamda suçun kanunî unsurunun; işlenen haksız bir fiilin, ceza hukukunda kaynak değeri taşıyan bir kanunda daha önceden tarif edilmiş olması ve bu fiilin kanundaki tanıma uygun olması şeklinde iki unsuru bulunmaktadır.³ Söz konusu unsurlar çerçevesinde, herhangi bir haksız fiilin suç olup olmadığı, Türk Ceza Hukukunda, söz konusu fiilin ceza kanununda suç olarak düzenlenip düzenlenmediğiyle anlaşılabilirken; İslam Ceza Hukukunda ise, Kur'an, Sünnet ya da ictihad kaynaklı düzenlemelerde, söz konusu fiile ilişkin bir yasak hükmünün bulunup bulunmadığıyla anlaşılabilir. Klasik İslam hukuku kaynaklarında

² Hakeri, Hakan, *Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, 79; Dönmezer, Sulhi ve Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, I-III, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 1999, I, 361; Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, 153.

³ Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, 196; Dönmezer-Erman, I, 362.

özellikle kısas ve hadlerle ilgili bölümler incelendiğinde, İslam hukukçularının, kısas ve hadde konu olan haksız fiilleri suç olarak düzenleyen ayet ve hadisleri öncelikle zikrettikleri görülmektedir.⁴ Suçun kanunî unsuru, “*Kanunsuz suç ve ceza olmaz*” ilkesinin bir sonucudur.

Bir suçun varlığından bahsedilebilmesi için, dış âlemde değişiklik meydana getirecek nitelikte bir hareketin bulunması gerekmektedir. Dış âlemde değişiklik meydana getiren hareketin varlığı *suçun maddî unsurunu* oluşturmaktadır.⁵ Bu bağlamda, dış âlemde bir değişiklik meydana getirmeyen niyet ve düşünceler ceza hukukunun dışında kalır ve suç olarak değerlendirilemezler. Ceza hukukunda suçun maddî unsuru: hareket, netice ve nedensellik bağından oluşmaktadır.⁶ Ceza hukuku alanında bir hareketin suç kapsamında değerlendirilebilmesi, o hareketin, insan hareketi ya da insana izafe edilebilen canlı veya cansız varlık hareketi olarak ortaya çıkması,⁷ ihmalî de olsa dış âlemde değişiklik meydana getirmesi ve iradî olması koşullarına bağlanmıştır.⁸ Söz konusu hareketin –icraî ya da ihmalî- dış âlemde bir değişiklik meydana getirmesi ise, o hareketin neticesini oluşturmaktadır. Dış âlemde meydana gelen bu değişikliğin bir kimseye yüklenebilmesi ve o kişinin bu değişiklikten sorumlu tutulabilmesi için de hareketle netice arasında sebep-sonuç ilişkisine dayalı bir bağ kurulması zorunluluğu vardır ki, buna, doktrinde *nedensellik bağı* denilmektedir.⁹

Kanundaki tipe uygun olarak işlenen hareketin suç olarak değerlendirilebilmesi için gerekli koşullardan biri de, söz konusu hareketin bütün hukuk düzeni ile çelişki ve çatışma halinde olmasıdır.¹⁰ Bir diğer ifadeyle, ceza kanununda formüle edilmiş bir yasağın, başka bir hukuk kuralı yoluyla ihlaline cevaz verilmemiş ve bu yolla haksız fiilin hukuka uygun hale getirilmemiş olması

⁴ İbn Kudâme, Muvaffakuddîn Ebû Muhammed Abdullah b. Ahmed el-Makdisî, *el-Muğnî ve Şerhu'l-Kebîr alâ Metni'l-Muknî*, I-XIV, Dâru'l-Fikr, Beyrut 1997, IX, 46, 72, 116, 235, 297; el-Mâverîdî, Ebi'l-Hasen Ali b. Muhammed b. Habîb el-Basrî el-Bağdâdî, *el-Hâvî'l-Kebîr fî Fıkhi Mezhebi'l-İmâm eş-Şâfiî ve Huve Şerhu Muhtasari'l-Müzenî*, I-XL, Tahkik ve Ta'lîk: A. M. Muavvid ve A. A. Abdulmevcûd, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1999, XIII, 99, 185, 266.

⁵ Dönmezer- Erman, I, 366.

⁶ Hakeri, *Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları*, 87.

⁷ Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara 2005, 79.

⁸ Hakeri, *Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları*, 88-89.

⁹ Toroslu, 90; Demirbaş, 220; Dönmezer- Erman, I, 469.

¹⁰ Dönmezer- Erman, II, 1; Demirbaş, 234; Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, 128.

gerekmektedir. Buna *suçun hukuka aykırılık unsuru* denilmektedir.¹¹ Bu bağlamda ceza hukukunda, *hukuka uygunluk sebepleri* çerçevesinde düzenlenen normlar, ceza kanununda belirlenmiş fiillerin suç olarak tanımlanmasına engeldirler. Örneğin TCK md. 25/1'de: "Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre, saldırı ile orantılı bir biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiilden dolayı fâile ceza verilmez." denilerek meşru müdafaa, hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlenmiştir. Yine aynı şekilde İslam Ceza Hukukunda, canını, malını ve namusunu korumak amacıyla bir kimseyi öldüren kişiye, fiilinden dolayı hiçbir yaptırımın öngörülmemesi de meşru müdafaanın hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlendiğini göstermektedir.¹²

Nihayet bir fiilin suç olarak tanımlanabilmesi ve ihlaline ceza yaptırımı öngörülebilmesi için, söz konusu fiilin, isnat kabiliyetine/kusurluluk yeteneğine sahip bir kimse tarafından bilerek ve isteyerek veya en azından bilerek işlenmiş olması gerekmektedir.¹³ Kanundaki tipe uygun olan fiilin, isnat yeteneğine sahip bir kimse tarafından bilerek ve isteyerek veya en azından bilerek işlenmiş olması koşuluna da, *suçun manevi unsuru* denilmektedir. Suçun manevi unsurunun ilk kısmını oluşturan kusur yeteneği ise, fâilin, kusurlu bir şekilde hareket edebilme kabiliyetidir.¹⁴ Kişinin kusur yeteneğine ve dolayısıyla ceza sorumluluğuna sahip olup olmadığı, İslam Ceza Hukukunda, o kişinin akıllı ve balığ olup olmasına göre belirlenirken;¹⁵ Türk ceza hukukunda ise, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını kavrayıp kavrayamamasına göre belirlenmektedir.¹⁶ Söz konusu fiilin bilerek ve isteyerek veya en azından bilerek işlenmesi ise, manevi unsurun kusurluluk kısmını

¹¹ Hakeri, *Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları*, 122; Dönmezer- Erman, I, 310; Centel, Nur, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, BETA Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2002, 246.

¹² İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IX, 337.

¹³ Hakeri, *Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları*, 160.

¹⁴ Demirbaş, 298; Hakeri, *Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları*, 161.

¹⁵ el-Kâsânî, Alâuddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd, *Bedâi'u's-Sanâi' fî Tertîbi's-Şerâi'*, I-X, Tahkîk ve Ta'lîk: A. M. Muavvîd ve A. A. Abdulmevcûd, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1997, IX, 184; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IX, 358; en-Nevevî, Muhyiddîn Yahyâ b. Şeref Ebî Zekerîyyâ, *Ravdatu't-Tâlibîn ve Umdetu'l-Muflîn*, I-X, Dâru'l-Fikr, Beyrut 1995, VIII, 101; İbn Cuzeyy, Ebû Abdullah Muhammed İbn Ahmed b. Muhammed, *el-Kavânînu'l-Fıkhiyye*, Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî, Beyrut 1989, 346; eş-Şirbînî, Şemsüddîn Muhammed b. Muhammed el-Hatîb, *Muğnî'l-Muhtâc ilâ Ma'rifeti Maânî Elfâzı'l-Minhâc*, I-VI, Tahkîk ve Ta'lîk: A. M. Muavvîd ve A. A. Abdulmevcûd, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1994, V, 230; el-Buhûtî, Mansûr b. Yunus b. İdris, *Keşşâfü'l-Kinâ' an Metni'l-İknâ'*, I-VI, Âlemü'l-Kütüb, Beyrut 1983, V, 520-521.

¹⁶ Hakeri, *Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları*, 161.

oluşturmaktadır. Bu bağlamda İslam ve Türk Ceza Hukukunda, tehdit ve ikrah sonucu işlediği fiilden dolayı fâile ceza verilemeyeceği hükme bağlanmıştır.¹⁷

Sözü edilen unsurlar çerçevesinde suç, *ceza tehdidi içeren bir normda tanımlanan fiilin, isnat yeteneğine sahip bir kimse tarafından, hukuka aykırı bir şekilde işlenmesi*¹⁸ şeklinde tanımlanmaktadır Benzer biçimde İslam hukukunda da suç, ceza tehdidi içeren normların ihlali anlamında, *Allah'ın had ve ta'zîr ile cezalandırdığı şer'î yasaklar* olarak tanımlanmaktadır.¹⁹

2. Suçlu Kavramı

Ceza hukukunda suçlunun tanımlanması ya da belirlenmesi, öncelikle kimlerin, hangi koşulların varlığına bağlı olarak bu sıfatla nitelendirilebileceklerine ilişkin bir sorundur. Bu sebeple suçlunun, söz konusu soruna ilişkin belirlemeler doğrultusunda tanımlanması daha isabetli olacaktır. Öncelikle bir kimsenin suç sayılan bir fiili işlemesi sonucu suçlu olarak nitelendirilebilmesi, o kimsenin, suç sayılan fiile ilişkin düzenlemeye uymakla yükümlü olmasıyla mümkündür. Örneğin İslam Ceza Hukukunda, had cezasını gerektiren suçlar kapsamında düzenlenen içki içme suçunun muhatabı sadece Müslümanlardır. Buna göre söz konusu düzenlemeye uymakla yükümlü olmayan zimmî veya müste'minler, içki içmeleri sebebiyle suçlu olarak nitelendirilemezler.²⁰

Bir kimsenin suçlu olarak nitelendirilebilmesi için öngörülen bir diğer şart ise, o kimsenin ceza sorumluluğuna sahip olmasıdır. Daha açık bir ifadeyle, isnat/kusurluluk yeteneğine sahip olmayan kimse suçlu olarak nitelendirilemez. Türk Ceza Hukukunda, kişinin isnat yeteneğine sahip olup olmadığı, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını kavrayıp kavrayamamasına göre belirlenmektedir. Nitekim söz konusu duruma işaret etmek üzere TCK md. 31'de: "1. Fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğu yoktur. Bu kişiler hakkında ceza kovuşturması yapılamaz; ancak çocuklara özgü güvenlik tedbirleri

¹⁷ el-Kâsânî, IX, 187; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 154; İbn Cuzeyy, 353; eş-Şirbinî, V, 444. TCK için bkz. md. 28/1: "Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez..."

¹⁸ Dönmezer-Erman, I, 311.

¹⁹ el-Mâverî, Ebi'l-Hasen Ali b. Muhammed b. Habîb el-Basrî el-Bağdâdî, *el-Ahkâmü's-Sultâniyye ve Velâyetü'd-Dîniyye*, Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî, Beyrut 1999, 361.

²⁰ el-Kâsânî, IX, 214; İbn Cuzeyy, 353; el-Buhûtî, VI, 91; el-Hurâşî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Abdillâh b. Ali, *Şerhu Muhtasari Sidi Halîl*, I-VIII, (Ali el-Adevî'nin haşiyesi ile), Dâr-u Sâdır, Beyrut ty., VIII, 108.

uygulanabilir. 2. Fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmuş olup on beş yaşını doldurmamış olanların, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması halinde ceza sorumluluğu yoktur. Ancak bu kişiler hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur...”denilmektedir. İslam Ceza Hukukunda ise, ceza sorumluluğunun esası, kişinin akıl hastası olmaması ve bülûğ çağına gelmiş olmasıdır. Nitekim klasik fıkıh kaynaklarından ceza hukukuyla ilgili bölümler incelendiğinde had ve kısas cezasını gerektiren bir suçu işleyen kimseye, söz konusu cezaların uygulanabilmesi, o kimsenin akıllı ve bâliğ olması koşuluna bağlanmıştır.²¹ Önemle belirtmek gerekir ki, İslam Ceza Hukukunda, akıl hastası veya bülûğ çağına gelmemiş olan kimseler, ceza sorumluluğuna sahip olmamakla birlikte hukukî sorumluluğa sahiptirler. Nitekim çocukların veya akıl hastalarının işlediği haksız fiillere hukukî yaptırımlar öngörülmesi²² ve bu yaptırımın kimi durumlarda âkile müessesesi yoluyla uygulanması, bahsedilen hukukî sorumluluğun varlığını açıklar niteliktedir. Her iki ceza hukuku sisteminde, ceza sorumluluğuna sahip olmayan kimsenin suçlu olarak nitelendirilememesinin asıl sebebi, bu kimselerin işledikleri hukuka aykırı fiillerin suç olarak tanımlanmamasıdır. Zira hukuka aykırı fiillerin suç olarak tanımlanabilmesi, ceza sorumluluğuna sahip olan kimseler tarafından işlenmiş olmasına bağlıdır. Bu bakımdan, suç olarak tanımlanamayan hukuka aykırı bir fiili işleyen kimsenin suçlu olarak da nitelendirilemeyeceği açıktır.

Geçen paragraflarda bahsedilenlerin bir sonucu olarak suçlu, ancak hayatta olan bir insan olabilir. Zira her iki hukuk sisteminde kişilik ölümle sona ermektedir. Bunun yanında insan olmayan varlıkların –canlı ya da cansız- cezaî sorumluluklarından bahsedilemeyeceği için, bunlar, suçun fâili değil, ancak konusu olabilmektedirler. Ceza sorumluluğunun esası ve bu sorumluluğun şahsîliği ilkesi dikkate alındığında, her iki hukuk sisteminde, tüzel kişilerin de suç fâili olarak nitelendirilemeyecekleri açıktır.²³ Zira tüzel kişiler, cezaî sorumluluğa değil, hukukî sorumluluğa sahip birer sosyal oluşumlardır.

²¹ eş-Şeybânî, Ebû Abdullah Muhammed b. Hasan, *Kitâbu'l-Asl*, I-V, Âlemü'l-Kütüb, Beyrut 1990, IV, 442; el-Kâsânî, IX, 184; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IX, 358; en-Nevevî, *Ravdatu't-Tâlibîn*, VIII, 101; İbn Cuzeyy, 346; eş-Şirbinî, V, 230.

²² İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IX, 376.

²³ Öztürk, Bahri, M. Rahmi Erdem ve Veli Ö. Özbek, *Ceza Hukuku Genel Hükümler ve Özel Hükümler: Kişilere Karşı Suçlar*, Turhan Kitabevi, Ankara 2001, 104; Dağcı, Şamil, *İslam Ceza*

Bir kimsenin suçlu olarak nitelendirilebilmesinin bir diğer koşulu ise, o kimsenin işlediği iddia edilen suçun varlığının, ya söz konusu fiili işleyen kimsenin itirafı ya da yargı kararıyla kesinleşmiş olmasına bağlıdır. İslam Ceza Hukukunda bu farklılığa işaret etmek üzere, *müddeî aleyh/davalı*²⁴ ve *cânî/suçlu*²⁵ ifadeleri kullanılırken; Türk Ceza Hukukunda ise, *sanık*²⁶ ve *suçlu*²⁷ ifadeleri kullanılmaktadır. Bu bağlamda ceza uyuşmazlığının yargı konusu edilmesi durumunda, yargının uyuşmazlıkla ilgili hükmü davalının aleyhine sonuçlanmadıkça, davalı suçlu olarak nitelendirilemez.²⁸

Bu belirlemeler çerçevesinde suçlu, *ceza sorumluluğuna sahip olan ve uymakla yükümlü olduğu ceza normunu kesin olarak ihlal eden kimsedir*, şeklinde tanımlanabilir.

Türk ve İslam Ceza Hukukunda suçlunun sıfatına bir takım hukukî sonuçlar bağlanmaktadır. Türk Ceza Hukukunda suçlunun sıfatı, kimi durumlarda hafifletici bir sebep olarak, kimi durumlarda da ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlenmiştir. Söz konusu durumlara işaret etmek üzere TCK md. 31/1: “Fiili işlediği sırada on beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde on dört yıldan yirmi yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde dokuz yıldan oniki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların yarısı indirilir ve bu halde her fiil için verilecek hapis cezası sekiz yıldan fazla olamaz” şeklinde düzenlenirken; TCK md. 82/2 ise: “Kasten öldürme suçunun; a. üstsoy veya altsoydan birine, eş veya kardeşe karşı işlenmesi halinde, kişi ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılır” şeklinde düzenlenmiştir. Belirtilen kanun maddelerinde görüldüğü

Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara 1999, 35; Bardakoğlu, Ali, “Ceza”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 1993, VII, 475.

²⁴ Semerkandî, Alâeddîn, *Tuhfetü'l-Fukahâ*, I-III, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut ty., III, 181; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 22; İbn Ferhûn, Burhânüddîn Ebû'l Vefâ İbrahim b. Şemsüddîn Ebû Abdullah el-Mâlikî, *Tebşiratu'l-Hukkâm fî Usûli'l-Akdiye ve Menâhici'l-Ahkâm*, I-II, Tahrîc ve Ta'lîk: Cemâl Maraşlı, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1995, I, 105; Ayrıca bkz. Zeydan, Abdülkerim, *Nizâmu'l-Kadâ fî Ş-Şer'ati'l-İslâmiyye*, Muessesetu'r-Risâle, Beyrut 2002, 90.

²⁵ İbn Muflih, Ebû İshâk Burhânüddîn İbrâhim b. Muhammed b. Abdullah b. Muhammed, *el-Mubdi' Şerhu'l-Mukni'*, I-VIII, Tahkîk: Muhammed Hasan Muhammed İsmail eş-Şâfiî, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1997, VII, 210; el-Buhûtî, V, 520; el-Huraşî, VIII, 3.

²⁶ Yurtcan, Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005, 141.

²⁷ Dönmezer-Erman, II, 401; Öztürk-Erdem-Özbek, *Ceza Hukuku Genel Hükümler ve Özel Hükümler*, 105.

²⁸ Öztürk- Erdem - Özbek, *Ceza Hukuku Genel Hükümler ve Özel Hükümler*, 105.

üzere, yaş küçüklüğü hafifletici bir sebep olarak ele alınırken; suçlunun, mağdurun usulünden veya furuundan olması ile kardeş veya eş olması da ağırlaştırıcı bir sebep olarak ele alınmaktadır.

İslam Ceza Hukukunda ise, suçlunun sıfatı, daha çok hafifletici sebep olarak düzenlenmektedir. Ancak zina suçunda, her iki durumun(ağırlaştırıcı ve hafifletici sebep) varlığı da belirlenebilir gözükmemektedir. Zira zina suçunda suçlunun sıfatı, başından evlilik geçmemiş zinakârlara öngörülen ceza(sopa) dikkate alındığında hafifletici bir sebep olarak; evli zinakârlara öngörülen ceza(recm) dikkate alındığında ise ağırlaştırıcı bir sebep olarak değerlendirilebilmektedir.²⁹ Bunun dışında suçlunun, mağdurun usulünden olması da –örneğin kısas ve kazf suçlarında- hafifletici bir sebep olarak kabul edilmektedir. Bu bağlamda İslam hukukçularının çoğunluğuna göre, çocuğunu ya da torununu öldüren kimselere kısas uygulanmaz.³⁰ Hanefîler dışındaki İslam hukukçularına göre, suçlunun, mağdurdan din ve hürriyet yönünden daha üstün bir statüde olması da hafifletici bir sebeptir. Buna göre zimmî bir kimseyi öldüren Müslüman ile köle kimseyi öldüren hür kimseye kısas uygulanmaz.³¹

Kısaca ifade etmek gerekirse, ceza uyuşmazlığının tarafı olan suçlunun belirlenebilmesi ya da hukuka aykırı fiili işleyen kişinin suçlu olarak nitelendirilebilmesi, bir takım koşulların varlığına bağlıdır. Esasen söz konusu koşulların varlığına bağlı olarak bir kimsenin suçlu olarak belirlenmesi, aynı zamanda ceza hukuku açısından mağduriyetin varlığını ve mağdurun tanımını da ortaya çıkarmaktadır.

3. Mağdur Kavramı

Ceza normları, bir süjeden doğan ve başka bir süjeye ait hukukî menfaat ve hakları ihlal eden veya tehlikeye sokan hukuka aykırı fiillere ilişkin düzenlemeleri içermektedirler.³² İhlaline ceza yaptırımını öngörülen ve suç olarak tanımlanan bu düzenlemeler, bir taraftan suç oluşturan fiilleri, hukuka aykırı diğer fiillerden

²⁹ el-Kâsânî, IX, 177; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 122; en-Nevevî, *Ravdatu't-Tâlibîn*, VIII, 411; İbn Cuzeyy, 347; eş-Şirbinî, V, 442.

³⁰ el-Kâsânî, X, 241; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IX, 360; eş-Şirbinî, V, 461; er-Remlî, Şemsüddîn Muhammed b. Ebi'l-Abbâs Ahmed b. Hamza ibn Şihâbü'd-Dîn, *Nihâyetu'l-Muhtâc ilâ Şerhi'l-Minhâc*, I-VIII, Dâr-u İhyâi't-Turâsi'l-Arabî, Beyrut 1992, VII, 436; el-Buhûtî, VI, 104.

³¹ Sahnûn, Saîd et-Tenûnî, *el-Mudevvenetu'l-Kubrâ*, I-V, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1994, IV, 603; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IX, 342; İbn Cuzeyy, 340; eş-Şirbinî, V, 241.

³² Toroslu, 67.

ayırırken, bir taraftan da ceza uyumsuzluğunun tarafı olan sùjeler arasındaki hukukî ilişkileri ortaya koymaktadır. Sùjeler arasındaki ilişki bağlamında suç oluşturan fiil tahlil edildiğinde, onun, aktif sùjeden/suçludan doğan ve pasif sùjeye ait hak ve menfaatleri ihlal eden ya da tehlikeye sokan bir fiil olduğu görülür. Bu açıklamalar çerçevesinde mağdur, en genel şekliyle, *ceza normu tarafından korunan ve suçla ihlal edilen ya da tehlikeye sokulan, yani suçun hukukî konusunu oluşturan hukukî varlık veya menfaatin sahibidir*,³³ şeklinde tanımlanmaktadır. Ayrıca mağdur, *suç oluşturan fiilden doğrudan doğruya zarara uğrayan kişi* olarak da tanımlanmaktadır. Bu anlamda mağdur her durumda ceza uyumsuzluğunun tarafıdır.³⁴ İslam Ceza Hukukunda, suçla ihlal edilen ya da tehlikeye sokulan hukukî değerın sahibi ve suçtan doğrudan doğruya zarar gören olarak mağdur, ya kendisine karşı suç işlenen anlamında *mecnâ aleyh*³⁵ kavramı ile ya da tipik fiilin kendisine karşı işlendiğı kişi anlamında *maktûl/katîl*(öldürülen),³⁶ *makzûf*(kazf edilen)³⁷ ve *mesrûku minh*(malı çalınan)³⁸ gibi kavramlarla ifade edilmektedir. Ancak söz konusu kavramlar içerisinde daha geniş bir anlama sahip olan *mecnâ aleyh* kavramı, her durumda mağdur kavramını karşılayacak biçimde kullanılmamaktadır. Zira bu kavram, sözlük anlamı itibariyle, suçla ihlal edilen hak ve menfaatin sahibini değil, öncelikle, suçun üzerinde işlendiğı kişi veya şeyi (mal ve hayvan gibi.) ifade etmektedir. Bu bağlamda *mecnâ aleyh* kavramı, suçun maddî konusunu karşılamaktadır. Bu kavramın, mağdur niteliğini de kapsayacak biçimde kullanımı ise, suçla ihlal edilen hak veya menfaatin sahibi olan kimsenin aynı zamanda suçun üzerinde işlendiğı kişi olmasına bağlıdır. Bahsedilen koşul çerçevesinde ele alındığında *mecnâ aleyh* kavramı, İslam Ceza Hukuku açısından her bir suçun mağdurunu değil, kısas ve diyet cezasını

³³ Toroslu, 67; Demirbaş, 463; Dikici, M. Fatih, *İcra-İflas Hukuku Ceza Hukuku Ceza Usul Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, 232.

³⁴ Demirbaş, 466.

³⁵ eş-Şâfiî, Muhammed b. İdris, *Mevsûatu'l-İmâmî's-Şâfiî el-Kitâbu'l-Umm*, I-XV, Tevsîk ve Tahrîc: A. Bedruddîn Hassûn, Dâr-u Kuteybe, Beyrut 1996, XII, 52; 480; el-Mâverdî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XII, 200; es-Serahsî, Şemsüddîn Muhammed b. Ahmed, *Kitâbu'l-Mevsûat*, I-XXX, Çağrı Yayınları, İstanbul 1983, XXVI, 154; en-Nevevî, *Ravdatu't-Tâlibîn*, VIII, 198; İbn Muflih, VII, 414; er-Remlî, VII, 311; el-Buhûfî, VI, 523.

³⁶ el-Kâsânî, X, 241; en-Nevevî, *Ravdatu't-Tâlibîn*, VIII, 117; İbn Cuzeyy, 341; İbn Müflih, VII, 211.

³⁷ el-Berâziî, Ebû Saîd el-Berâziî Halef b. Ebi'l-Kâsım Muhammed, *et-Tehzîb fî İhtisâri'l-Mudevvene*, I-IV, Tahkîk: Muhammed el-Emin Veledd Muhammed Sâlim b. Eş-şeyh, Dârü'l-Buhûs li'd-Dirâseti'l-İslâmiyye ve İhyâi't-Turâs, Dubai 2002, IV, 480; İbn Kudâme, Ebû Muhammed Abdullah b. Ahmed el-Makdisî, *el-Kâfi*, I-VI, Tahkîk: Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türkî, Hecr li't-Tibâa ve'n-Neşr, Cize 1997, V, 404; en-Nevevî, *Ravdatu't-Tâlibîn*, VIII, 429; İbn Müflih, VII, 413.

³⁸ el-Mâverdî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XIII, 335; el-Kâsânî, IX, 323; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 285; el-Hurâşî, VIII, 102.

gerektiren suçların mağdurunu karşılayacak biçimde kullanılmıştır. Zira klasik İslam Hukuku kaynakları incelendiğinde, İslam hukukçularının söz konusu kavramı, kısas ve diyet gerektiren suçlarda, suçla ihlal edilen hakkın sahibi olan ve aynı zamanda suçun üzerinde işlendiği kişiyi ifade etmek üzere, mağdur kavramına karşılık gelecek biçimde kullanmaktadırlar.³⁹

Türk Ceza Hukuku genel hükümlerine ilişkin kaynaklarda, ceza normlarınca korunan hukukî değerlere, hangi nitelikteki kişilerin ya da kurumların sahip olabileceği ve buna bağlı olarak da yukarıda verilen tanımlar çerçevesinde kimlerin suç mağduru olabileceği tartışılmaktadır. Doktrinde hakim olan görüşe göre, her bir suç, biri genel(objektif: cezaî korumanın konusunu oluşturan⁴⁰ sosyal düzenin ve kamu yararının korunması⁴¹), diğeri özel(sübjektif: kişisel bir yararın korunması) olmak üzere, birbirinden bağımsız düşünülemeyen iki farklı hukukî değeri ihlal etmektedir.⁴² Bu bakımdan her suçun zorunlu ve doğal mağduru, suçun doğrudan ihlal ettiği hakkın sahibi ile birlikte egemenlik hakları ihlal edilen ve hukuk kaidesi şeklinde açığa vurduğu iradesine karşı gelinen devlettir.⁴³ Örneğin bir kimsenin hayat hakkını ihlal eden suçun mağduru, hayat hakkı ihlal edilen kimse ile birlikte devlettir. Diğer taraftan, ceza uyumsuzluklarının, kovuşturmanın kamusalılığı ilkesi çerçevesinde yargı konusu edilmesi de *her suçun zorunlu ve doğal mağdurunun devlet olduğu* anlayışını ortaya koymaktadır.

Türk Ceza Hukuku açısından doktrinde hâkim olan görüşe göre, suçun mağduru sadece gerçek ve tüzel kişiler olabilir.⁴⁴ Bu bağlamda kişilikleri olmayan hayvanlarla eşya suçun mağduru değil, ancak konusu olabilmektedirler.⁴⁵ Gerçek bir kişinin suç mağduru olabilmesi, onun medeni hakları kullanma ehliyetine veya kusur yeteneğine sahip olup olmamasına göre değil, hayatta olup olmamasına bağlıdır.⁴⁶

³⁹ eş-Şâfiî, XII, 52, 53, 54; Sahnûn, IV, 579, 580, 582, 589; el-Mâverî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XII, 200; es-Serahsî, XXVI, 154, 155, 156, 166; en-Nevevî, *Ravdatu't-Tâlibîn*, VIII, 198; İbn Müflih, VII, 414; er-Remlî, VII, 311; el-Buhûtî, VI, 523; el-Huraşî, VIII, 2, 3.

⁴⁰ Toroslu, 67.

⁴¹ Dönmezer-Erman, I, 335.

⁴² Erem, Faruk, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku: Genel Hükümler*, I-II, Seçkin Yayınevi, Ankara 1995, I, 267.

⁴³ Öztürk-Erdem-Özbek, *Ceza Hukuku Genel Hükümler ve Özel Hükümler*, 118; Akdemir, Süleyman, *Ceza Hukukunda Mağdurun Korunması*, Akevler Akdeniz Bilimsel Araştırma Merkezi Yayınları, İzmir 1998, 465.

⁴⁴ Dikici, 232.

⁴⁵ Dönmezer-Erman, II, 427.

⁴⁶ Toroslu, 68.

Buna göre cenin ve ölü kimse suç mağduru olamazken, sadece hayatta olan kimse suç mağduru olabilmektedir.⁴⁷ Kendisini oluşturan gerçek kişilerden bağımsız bir varlık olan ve kendisine özgü hak ve menfaatlere sahip olan tüzel kişiler de suç mağduru olabilmektedir.⁴⁸ Buna karşılık tüzel kişiliğe sahip olmayan aile, toplum ve devletler topluluğunun suçun pasif süjesi/mağduru olup olamayacakları tartışmalıdır. Bu hususta hakim olan görüş, kanunda ayrıca belirtilmemiş olma koşuluna bağlı olarak, bir suçun mağduru, sadece tüzel kişiliğe sahip olan bir topluluk olabilir.⁴⁹ Hakim olan bu görüşe karşılık, söz konusu bağlamda esas sorunun, *hukukî değere sahip varlık ve menfaatlerin, belirli sosyal grupların etrafında toplanması* anlayışı çerçevesinde ele alınması gerektiği de ifade edilmektedir. Buna göre, “Sadece birey gibi gerçek kişiler veya şirket veya devlet gibi özel veya kamusal nitelikteki tüzel kişiler değil, kendilerine özgü ihtiyaçları tatmin eden varlık veya menfaatlerin hamili olan aile, toplum ve devletler topluluğu gibi tüzel kişiliği bulunmayan sosyal topluluklar da suçun pasif süjesi veya mağduru olabilir.”⁵⁰ Esasen bu görüş, TCK özel hükümler bölümünde esas alınan suç tasnifi açısından daha tutarlı gözükmektedir. Zira TCK’da suçlar, suçla ihlal edilen hukukî değerlerin izafe edildiği gerçek kişiler, tüzel kişiler ve sosyal gruplar esas alınarak, *uluslararası suçlar, kişilere karşı suçlar, topluma karşı suçlar, millete ve devlete karşı suçlar* olmak üzere dört farklı kategoride düzenlenmiştir.

İslam Ceza Hukukunda ise, suç mağduru, suçla ihlal edilen hakkın niteliğine bağlı olarak, en genel şekliyle, *kişiler, toplum veya kişilerle birlikte toplum* olarak belirlenmektedir. Zira İslam Ceza Hukukunda haklar, *kişi hakları, Allah hakları(kamu hakları)* ve *kişi hakkı ile Allah hakkının bir arada bulunduğu müşterek haklar*, şeklinde tasnif edilmektedir. İslam Ceza Hukukunda –Türk Ceza Hukukundan farklı olarak- her suçun doğal ve zorunlu mağdurunun devlet olduğu anlayışı –İmâm Mâlik (ö.179/795)’in, kısas gerektiren suçlarda, suça öngörülen kısas ve diyet cezalarından başka, suçun aynı zamanda toplum hakkını ihlal ettiği ve bu

⁴⁷ Dönmezer-Erman, II, 427.

⁴⁸ Demirbaş, 464; Dönmezer-Erman, II, 428; Toroslu, 68.

⁴⁹ Demirbaş, 464; Dönmezer-Erman, II, 429.

⁵⁰ Toroslu, 68.

sebeple ta'zîr cezasının da gerekeceği yönündeki görüşü⁵¹ istisna edilirse- genel olarak benimsenmemiştir. Esasen İslam Ceza Hukukunda, ceza uyuşmazlıklarının, kovuşturmanın kamusalılığı ilkesi çerçevesinde değil, ihlal edilen hakkın niteliğine bağlı olarak *şahsî dava* ve *kamu davası* şekilde yargı konusu edilmesi de, söz konusu anlayışın benimsenmediğini ortaya koymaktadır. Ancak İslam hukukçularının genel kanaati, hâkimin, şahsî davanın konusu olan uyuşmazlıklarda, suçtan doğrudan zarar gören kimsenin hakkının ihlaliyle birlikte toplum menfaatinin de ihlal edildiğine ve dolayısıyla suça öngörülen aslî yatırımla birlikte ta'zîr cezasına da hükmedebileceği yönündedir. Ancak İmâm Mâlik (ö.179/795)'in dışındaki İslam hukukçularına göre bu sorun, hâkim için bir yükümlülük değil, ictihadî bir konudur.⁵²

İslam Ceza Hukukunda, Türk Ceza Hukukundan farklı olarak, hayatta olan kişilerden başka cenin ve ölü kimse de suç mağduru olarak kabul edilmektedir. Cenin aleyhine işlenen suçlar bahsinde de zikredileceği üzere, İslam Hukukunda anneye karşı işlenen bir suç sebebiyle ceninin de düşmesi neticesinde, suçlu, hem anneye karşı işlediği suçtan hem de ceninin düşmesinden sorumlu tutulmaktadır. Buna bağlı olarak anneye karşı işlenen suça öngörülen yaptırımın dışında, düşürülen cenin için de *gurre* cezasına hükmedilmektedir.⁵³ Diyet nevinden bir yaptırım olan *gurre*, İslam hukukçularının çoğunluğuna göre ceninin mirasçıları arasında pay edilmektedir. Kısaca ifade etmek gerekirse, cenine karşı işlenen suç için, katl ve müessir fiillerden ayrı olarak bir yaptırım öngörülmesi ve kendisine mirasçı olunması, onun İslam Ceza Hukukunda, suç mağduru olarak kabul edildiğini ortaya koymaktadır. İslam Ceza Hukukunda ölü kimsenin suç mağduru olması, üzerinde ittifak edilen bir husus olmamakla birlikte, özellikle kazf suçları açısından söz konusu edilebilen bir durumdur. İmâm Şafîî (ö.204/820) ve Mâlikîlere göre, ölmüş bir kimseye karşı kazf suçu işlenmesi durumunda, ölmüş kişinin yakınları suçtan dolayı olarak zarar gören sıfatıyla dava açma hakkına sahiptirler.⁵⁴ Ancak bu yetkiyi, miras yoluyla kullanmaktadırlar. Bir diğer ifadeyle, ölmüş bir kimse, kendisi aleyhine işlenen

⁵¹ İbn Ruşd, Ebû'l-Velîd Muhammed b. Ahmed b. Muhammed b. Ahmed, *Bidâyetu'l-Muctehid ve Nihâyetu'l-Muktesid*, I-IV, Tahkîk: Mâcid el-Hamevî, Dâr-u İbn Hazm, Beyrut 1995, IV, 1664; İbn Cuzeyy, 340; İbn Ferhûn, II, 218; Ayrıca bkz. Dağcı, 166.

⁵² Maverdî, *el-Ahkâmü's-Sultâniyye*, 388; el-Buhûfî, VI, 124; İbn Âbidîn, Muhammed Emin b. Ömer b. Abdülaziz ed-Dımaşkî, *Hâşiyetu Reddî'l-Muhtâr ale'd-Dureri'l-Muhtâr*, I-VIII, Şerike Mektebe ve Matbaa Mustafa el-Bâbî el-Halebî, Kahire 1966, IV, 62-63.

⁵³ el-Mâverdî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XII, 404; el-Kâsânî, X, 457.

⁵⁴ el-Mâverdî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XIII, 259; el-Huraşî, VIII, 90.

suçtan dolayı dava açamayacağı için, dava açma hakkı mirasçılara geçer. Örneğin İmâm Şâfiî (ö.204/820)'ye göre, bir kimse, annesi ve babası ölmüş bir kimseye, “ey zinakârların oğlu” dese, bu söz hem anne hem de babaya karşı ayrı ayrı işlenmiş birer suç olarak kabul edilir ve suçluya, çocuğun dava açmasına bağlı olarak, her iki suçtan dolayı ayrı ayrı had cezası uygulanır.⁵⁵ Hanefîlere göre ise, ölmüş bir kimseye karşı işlenen kazf suçu, ölmüş bir kimse söz konusu suçun konusu olamayacağı için, gerçekte ölmüş kimsenin çocuklarına ve yakınlarına karşı işlenmiştir. Bu sebeple, ölmüş bir kimseye karşı işlenen kazf suçunun mağduru, ölmüş kimsenin çocukları ve yakınlarıdır.⁵⁶ Bu kabule bağlı olarak, ölmüş kimsenin çocukları ve yakınları, ceza uyuşmazlığını, -İmâm Şâfiî ve Malikîlerin görüşünden farklı olarak-, miras yoluyla değil, suçtan doğrudan doğruya zarar gören/mağdur sıfatıyla yargı konusu etme hakkına sahiptirler. Hanbelîlere göre de, ölmüş bir kimse, bu suçun mağduru olamaz. Ancak söz konusu suç, akıl hastası bir kimseye⁵⁷ karşı işlenen suç gibi değerlendirilir ve suçlu ta'zîren cezalandırılır.⁵⁸

İslam Ceza Hukukunda tüzel kişiliğe sahip olan kurumların da, tüzel kişilere karşı işlenebilen suçların mağduru olabileceği kabul edilmiştir. Örneğin gerçek kişilerden bağımsız bir yapıya sahip olan beytü'l-mal, kendisine karşı işlenen hırsızlık suçunun mağduru olabilir. Ancak bu mağduriyet, özellikle beytü'l-mal lehine aynen iade ya da tazminata hükmedilmesi durumunda belirgin bir nitelik kazanmaktadır. Buna karşılık, söz konusu suç sebebiyle sadece el kesme ya da ta'zîr cezasına hükmedilmesi durumunda ise, daha çok toplumun mağduriyeti ön plana çıkmaktadır.⁵⁹

Ceza hukukunda bir kimsenin mağdur olarak nitelendirilebilmesi, yargı konusu edilen ceza uyuşmazlığının, davacının lehine sonuçlanması ve böylelikle onun suç mağduru olduğu yönündeki iddiasının mahkemece doğrulanmasına bağlıdır. Buna karşılık, mahkemenin kesin hükmünden önce, kendisine karşı suç işlendiği iddiasında bulunan kimse mağdur sıfatıyla değil, ancak davacı sıfatıyla

⁵⁵ el-Mâverdî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XIII, 259.

⁵⁶ el-Kâsânî, IX, 246; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 220; İbnu'l-Humâm, Kemâluddîn Muhammed b. Abdilvâhid, *Şerhu Fethi'l-Kadîr*, I-IX, Dâr-u İhyâi't-Turâsi'l-Arabî, Beyrut ty., V, 94.

⁵⁷ Kazf suçuyla ilgili bölümde detaylı bir şekilde bahsedileceği üzere, çocuk ve akıl hastası olan kimseler, kazf suçunun mağduru olamaz ve kendilerine karşı işlenen kazf suçu da hadler kapsamında değerlendirilmez. Bu bağlamda metindeki benzetme, ölü bir kimsenin, kazf suçunun mağduru olamayacağına işaret etmektedir.

⁵⁸ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 223.

⁵⁹ el-Kâsânî, IX, 293; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 283.

nitelendirilebilir. İslam Ceza Hukukunda bu farklılığa işaret etmek üzere, *müddeî(davacı)*⁶⁰ ve *mecni aleyh(mağdur)* kavramları kullanılmaktadır. Bundan başka bir kimsenin suç mağduru olarak nitelendirilebilmesi, suç işleyen kişinin, suç dava konusu edilmeksizin suçunu kabullenmesi durumunda da mümkündür. Zira özellikle İslam Ceza Hukukunda, şahsî davanın konusu olarak belirlenen suçlarda, uyuşmazlık yargı konusu edilmeksizin, tarafların aralarında yapacağı af ve sulh gibi işlemler hukuken geçerli kabul edilmektedir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, Türk ve İslam Ceza Hukukunda, bir kimsenin aynı anda hem suçlu hem mağdur sıfatını taşıyamayacağı kabul edilmiştir. Örneğin İslam Ceza Hukukunda cenin aleyhine işlenen suçların mağduru anne ve cenin olarak belirlenmektedir. Ancak söz konusu suçun bizzat anne tarafından işlenmesi durumunda, anne, ceninin diyetini ödemeye mahkûm edilir ve diyetten de pay alamaz.

4. Suçun Konusu ve Mağdur Kavramıyla İlişkisi

Ceza hukukunda suçun konusu problemi, maddî ve hukukî bakımdan ele alınmaktadır. Ancak çalışma konumuzla ilişkisi dikkate alındığında, mağduriyetin ve dolayısıyla mağdurun varlığından bahsedilebilmesi açısından, hukukî konunun, maddî konudan daha detaylı olarak ele alınması bir zorunluluk olarak gözükmektedir. Bu sebeple biz, kısaca suçun maddî konusuna değindikten sonra suçun hukukî konusunu ele almaya çalışacağız.

Suçun maddî konusu, *ceza normunda tanımlanan tipik fiilin üzerinde işlendiği insan veya şey* olarak tanımlanmaktadır.⁶¹ Ancak doktrinde, suçun maddî konusu olarak insan veya şeyden ne anlaşılması gerektiği hususunda farklı görüşler ortaya konmuştur. Bir kısım yazarlar, insanın sadece maddî varlığının, bir diğer ifadeyle cisminin; buna karşılık bazı yazarlar ise, insanın maddî varlığının yanında maddî olmayan varlığının da suçun maddî konusunu oluşturabileceğini kabul etmektedirler.⁶² Yine aynı şekilde, bazı yazarlar sadece cisim olarak maddî bir varlığa sahip olan şeylerin, bazıları da cismi olmayan ancak düşünce ile idrak

⁶⁰ İbn Cuzeyy, 296; İbn Ferhûn, I, 105; Ayrıca bkz. Zeydan, *Nizâmu'l-Kadâ fi's-Şer'ati'l-İslâmiyye*, 90.

⁶¹ Toroslu, 66; Erem, I, 249; Dönmezer-Erman, I, 333; Demirbaş, 462.

⁶² Demirbaş, 462-463; Erem, I, 252.

edilebilen şeylerin de suçun maddî konusunu oluşturabileceğini öne sürmektedirler.⁶³ Sadece cisim olarak maddî bir varlığa sahip olan şeylerin suçun maddî konusunu oluşturabileceğini, buna karşılık sadece düşünce ile idrak edilebilen şeylerin suçun maddî konusunu değil, fakat suçun hukukî konusunu oluşturabileceğini savunan anlayış doktrinde hakim konumdadır.⁶⁴ Hakim olan bu anlayış çerçevesinde suçun maddî konusu, *üzerinde suçun işlendiği insan veya şey* olarak tanımlandığında, maddî konusu olmayan suçlardan bahsetmek mümkündür.⁶⁵ Esasen maddî konusu olmayan suçların kapsamı, maddî konu kavramının içeriğiyle ters orantılıdır. Bu bağlamda *maddî* nitelemesinin sınırlayıcı bir vasfa sahip olduğu söylenebilir. Örneğin İslam Ceza Hukukunda irtidat/dinden dönme suçunda, söz konusu fiilin maddî bir şey üzerinde gerçekleştiğinden değil, sadece, ceza normu yoluyla korunan hukukî bir değeri ihlal ettiğinden bahsedilebilir. Son söylenenler esas alındığında suçun maddî konusu ile hukukî konusu arasında temel bir fark ortaya çıkmaktadır: Maddî konusu olmayan suçların varlığından bahsedilebilirken; hukukî konusu olmayan suçların varlığından bahsetmek olanaksızdır.⁶⁶ Zira hukukî konu, suçun özü ve varlık sebebidir.

Suçun maddî konusu ile suçun mağduru bazı suçlarda birleşirken, bazı suçlarda da ayrılmaktadır. Müessir fiillerde görüldüğü şekliyle, ihlale konu olan fiilin suç olarak düzenlenmesiyle korunmak istenen hak ve yararın sahibi olan kimsenin, aynı zamanda üzerinde suçun işlendiği kimse olması durumunda, suçun maddî konusu ile mağdurun birleştiği görülür. Öldürme suçlarında da benzer durum söz konusudur.⁶⁷ Buna karşılık konusu insan değil de, *şey* olan suçlarda, maddî konunun mağdurla birleşmesinden söz edilemez.⁶⁸ Zira sözü edilen şeyler, suçun mağdurunu değil, sadece konusunu oluşturabilmektedirler. Suçun maddî konusunu ve mağdur kavramıyla ilişkisini bu şekilde belirledikten sonra suçun hukukî konusuna ve mağdur kavramıyla ilişkisine geçebiliriz.

Toplumu oluşturan fertler arasında hukuksal içerikli sosyal bir ilişkinin varlığı, sosyal bir kuralın ve özellikle ondan doğan hakkın varlığını ortaya

⁶³ Erem, I, 253.

⁶⁴ Demirbaş, 463; Toroslu, 66; Erem, I, 253.

⁶⁵ Toroslu, 66; Erem, I, 251.

⁶⁶ Demirbaş, 465.

⁶⁷ Erem, I, 257; Dönmezer-Erman, II, 426; Demirbaş, 462.

⁶⁸ Erem, I, 259.

koymaktadır. Esasen hukuksal içerikli sosyal bir ilişki anlamında hukuksal ilişki tahlil edildiğinde, onun; hak, hak sahibi, borç(ödev/yüküm), borçlu(ödevli/yükümlü), hakkın ve ödevin konusu olmak üzere beş unsurunun olduğu görülür.⁶⁹ Hukukun düzen fonksiyonu açısından hukuk normları da toplumsal yaşamı düzenlemek ve ilişkilere belli bir biçim kazandırmak amacına uygun olarak⁷⁰ hakkın sahibi ile hakkın borçlusu arasındaki ilişkileri hukukî sonuç doğuracak şekilde düzenlemektedirler. Süjeler arasındaki bu ilişki ceza normlarının ihlali durumunda, aktif süje/suçlu açısından yükümlülüğün, pasif süje/mağdur açısından ise bir hakkın ihlalidir.⁷¹ “Böylece hukuk ve ceza hukuku düzeni, toplumsal hayattan doğan karşılıklı münasebetlerde, beşeri menfaat, irade ve davranışlar arasında bir sınırlar sistemi, menfaatlerin bir tahdidi, aynı zamanda ferdi ve kolektif süjelerin hürriyetinin bir sınırı olarak ortaya çıkmaktadır.”⁷² Bu bağlamda hukuk normları, beşerî münasebetleri hak-vecibe ilişkisi esasına göre düzenleyen normlar⁷³ olarak, ceza normları da cezaî nitelikteki her bir kanun hükmü⁷⁴ veya hukuk normu olarak tanımlanmaktadır.

Hukuk ve ceza hukuku normları, muhatap aldıkları süjelere bir yandan bir takım haklar/yetkiler tanırken diğer taraftan onlara bir takım ödevler/borçlar yükler. Bireyler hukuk düzenince kendilerine tanınan bu hakları hukuk düzeninin öngördüğü şekilde kullanmamaları veya kendilerine yüklenen ödevleri/yükümlülükleri ihlal etmeleri durumunda, yine hukuk düzeninin normun ihlaline yüklediği hukukî sonuçla/yaptırımla karşılaşır. Hakkın kötüye kullanılması ve yükümlülüklerin ihlali, ihlale konu olan fiilin ceza hukuku normlarınca suç olarak tanımlanması sebebiyle korunmak istenen hak ve menfaatin ihlalini⁷⁵ ortaya çıkarır.

Ceza hukuku normlarınca bir fiilin, icraî olsun ihmalî olsun, suç sayılması ve ona yaptırım öngörülmesi, ceza normlarının konuluş amacını açıklar.⁷⁶ Zira ceza normları, diğer hukuk normları gibi, ferdî ve kollektif süjelerin hukukî hak ve

⁶⁹ Bilge, Necip, *Hukuk Başlangıcı*, Turhan Kitabevi, Ankara 2000, 205.

⁷⁰ Türkan, Talip, *İslam Hukuk Biliminde Hukuk Normu*, Ankara Okulu Yayınları, Ankara 2003, 115.

⁷¹ Erem, I, 264.

⁷² Hafızoğulları, Zeki, *Ceza Normu*, US-A Yayıncılık, Ankara 1996, 7.

⁷³ Türkan, 114.

⁷⁴ Toroslu, 17.

⁷⁵ Dönmezer-Erman, I, 333.

⁷⁶ Özgenç, İzzet, *Gerekçeli Türk Ceza Kanunu*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, 12.

menfaatlerini güvence altına almayı amaçlar⁷⁷. İşte ceza normlarının koruduğu hak ve menfaat, suçun hukukî konusunu oluşturmaktadır.⁷⁸ Dolayısıyla suçun hukukî konusu, ceza normlarının yasak hükmü ve müeyyide ile açıkça koruduğu hak ve menfaati ifade etmektedir.⁷⁹ Esasen suçun ihlal ediciliği, kaynağını hukukî değer, hukukî varlık veya hukukî menfaat olarak da tanımlanan hukukî konudan alır.⁸⁰ Örneğin “İnsan öldürme suçlarını cezalandıran hükümler, kişilerin yaşama hakkını düzenlemektedir. Kişinin yaşama hakkı sadece kendisini değil, yakınlarını hatta bütün toplumu ilgilendirir. Bir kimsenin hayat hakkının ortadan kaldırılması mağdur yanında birçok kimsenin değişik haklarına saldırı niteliği taşır. Çünkü hayatta bulunma, diğer bütün haklardan yararlanmanın ön koşuludur. Bu düzenlemenin amacı hayat hakkını korumaktır.”⁸¹ Hürriyete karşı işlenmiş olan tehdit suçunda ihlal edilen hukukî değer ise, kişinin karar verme ve hareket etme hürriyetinin⁸² korunmasıdır.

Bir hakkın veya menfaatin hukukîliği, yani ihlaline yaptırım öngörülebilmesi, söz konusu hak ve menfaatin ceza normlarını düzenleyen yetki tarafından hukuken korunmaya değer görülmesiyle ilgilidir. Zira *hukukî değer* kavramı, her bir ceza hukuku düzeninin pozitif düzeyde kendi geçerlilik alanı içinde anlam kazanan bir kavramdır. Bu bakımdan farklı hukuk sistemlerinde, hukukî düzenlemelere -özel olarak da ceza normlarının düzenlenmesine- kaynaklık eden değerlerin farklı olması, söz konusu sistemlerde farklı normlar bütününe ortaya çıkarmaktadır. Örneğin İslam Ceza Hukukunda *içki içmek*, toplumun menfaatini ihlal ettiği gerekçesiyle suç kabul edilirken, Türk Ceza Hukukunda suç olarak kabul edilmemektedir. Diğer taraftan aynı hukuk sistemi içerisinde, farklı zamanlarda farklı varlık ve menfaatlerin hukuken değerli görülüp görülmemesine bağlı olarak, bir takım fiiller suç olmaktan çıkartılırken, yeni suç tipleri de ihdas edilmektedir. Örneğin Yeni Türk Ceza

⁷⁷ Erem, I, 263.

⁷⁸ Dönmezer-Erman, I, 333; Erem, I, 248; Toroslu, 65.

⁷⁹ Erem, I, 260.

⁸⁰ Toroslu, 65.

⁸¹ Meran, Necati, *Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı Suçlar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005, 29.

⁸² Artuk, Emin, Ahmet Gökçen ve Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Turhan Kitabevi, Ankara 2005, 97.

Kanununun kişilerin hürriyetlerine karşı işlenen suçları düzenleyen birinci kısmın yedinci bölümünde yeni suç tiplerine yer verilmiştir.⁸³

Suçun hukukî konusunu oluşturan ve ceza normlarının korunması amaçlanan hukukî değerlerin/hak ve menfaatlerin nelerden ibaret olduğuna ilişkin olarak doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Suç oluşturan hukuka aykırı fiillere kamusal/merkezî bir yaptırım öngören ceza normlarının düzenleniş amacını *sosyal hayatın yüksek ahlakî değerlerini korumak* olarak belirleyen görüşe göre, ceza normlarının korunan hukukî hak ve menfaatler söz konusu değerlerden ibarettir. Bu bağlamda suçu haksız fiillerden ayıran temel ölçütü, yüksek bir ahlakî değeri ihlal ediyor olmasında aramak gerekmektedir.⁸⁴

Suç, ceza normlarının ihlali olarak tanımlayan objektif nazariyeye göre ise, suçun hukukî konusu *hukuktur*. Çünkü suç, fertlere ve topluma ait sübjektif bir hakkın ihlaline değil, öncelikle insanın ve toplum hayatının varlığını ve gelişimini sağlama ve korumayı amaçlayan hukuku ve hukuk düzenini inkâra yönelmiştir. Bu sebeple, suç oluşturan hukuka aykırı fiille ihlal edilen ceza normunun ait olduğu normlar bütünü/ hukuk düzenini suçun hukukî konusu kabul etmek gerekmektedir. Ancak bu görüş, suçu bir ceza kuralının ihlalinden ibaret saydığı için tenkit edilmiştir. Çünkü suç, fiil ile norm arasında bir zıtlık veya ceza normunun değil, söz konusu normun varlık sebebi olan bir hak ve menfaatin ihlalidir.⁸⁵

Sübjektif nazariyeye göre ise suç, ceza normlarını değil, ceza normlarıyla korunması amaçlanan hakları ihlal eder.⁸⁶ Ancak, ihlal edilen söz konusu sübjektif hakkın; a) devlete ve bireylere ait olduğu, b) devlete ait olduğu, c) fertlere ait olduğu, şeklinde üç farklı yaklaşım ortaya konmuştur. Hakların kanunlarda özel haklar ve kamu hakları olarak düzenlenişinden hareketle, suçun hukukî konusunu tespiti

⁸³ TCK md. 117’de iş ve çalışma hayatının ihlaline ilişkin maddenin 2. fıkrası: “Çaresizliğini, kimsesizliğini ve bağıllığını sömürmek suretiyle kişi veya kişileri ücretsiz olarak ve sağladığı hizmet ile açık bir şekilde orantısız düşük bir ücretle çalıştıran veya bu durumda bulunan kişiyi, insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına tabi kılan kimseye altı aydan üç yıla kadar hapis veya yüz günden az olmamak üzere adli para cezası verilir” şeklinde, 3. fıkrası ise: “Yukarıdaki fıkra belirtilen durumlara düşürmek üzere bir kimseyi tedarik veya sevk veya bir yerden diğer bir yere nakleden kişiye de aynı ceza verilir.” şeklinde düzenlenmiştir. Ayrıca TCK’nın, sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçunu düzenleyen 118. maddesi, dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesini düzenleyen 121. maddesi ve ayrımcılık suçunu düzenleyen 122. maddesi, bir önceki ceza kanununda yer almayan suç tipleridir.

⁸⁴ Dönmezer-Erman, I, 334.

⁸⁵ Erem, I, 265.

⁸⁶ Demirbaş, 461.

çalışan birinci yaklaşım, sübjektif hakkın ihlali teorisi. Suçu, *başkasının hakkını, ceza normlarınca yasaklanmış haksız bir fiil ile ihlal*, olarak tanımlayan bu görüşe göre, ihlal edilen haklar devlete ait ise, devlete karşı suç; fertlere ait ise, fertlere karşı suç meydana gelir. Bu görüş de ihlal edilen hakkın sahibinden hareketle suçları tasnif ettiği için şekilci bir anlayıştan ibaret kalmakla eleştirilmiştir.⁸⁷ Her suçun tabii ve zorunlu mağdurunun devlet olduğunu açıklama amacına uygun olarak, ceza normlarının bir yandan sübjektif nitelikli hakları korurken diğer yandan sosyal düzeni koruma ve dolayısıyla devletin bekasını sağlamadaki amacını dikkate aldığımızda, söz konusu teorinin suçun hukukî konusunu açıklamada yetersiz kaldığı görülmektedir. Suçla ihlal edilen hakkın sırf devlete ait olduğunu savunan yaklaşıma göre ise, suç, devletin sübjektif bir kamu hakkını teşkil eden *kendisine itaat edilmesini istemek hakkını* ihlal etmiştir.”⁸⁸ Ancak bu görüş, devlete itaat etmek hakkının ihlali açısından, suç ile diğer haksız fiiller arasında bir fark görülemeyeceği gerekçesiyle tenkit edilmiştir.⁸⁹ Sübjektif nazariyeyi savunan üçüncü görüş ise, ceza normlarının konuluş amacının bireylerin hak ve menfaatlerini korumak olduğunu ve dolayısıyla suçun hukukî konusunun da bireylere ait sübjektif nitelikli hak ve menfaatler olduğunu savunmaktadır.⁹⁰ “Bu görüş ceza hukukunun ilk dönemlerindeki *özel suçlar* anlayışından kendini kurtaramadığı için eleştirilmiştir.”⁹¹

Suçun hukukî konusunun tespitinde objektif ve sübjektif teorilerin yetersiz olduğunu ve ceza normlarının objektif ve sübjektif hakları bir bütün olarak koruma amacıyla ihdas edildiğini savunan karma teoriye göre ise, suçun hukukî konusu *genel* ve *özel* olmak üzere iki farklı açıdan ele alınmalıdır.⁹² Suçun genel hukukî konusu, müşterek yaşamın muhafazası ve sosyal düzenin temini açısından devletin menfaatidir. Söz konusu menfaatin korunması amacına yönelik devlet, haksız fiillerin sebep olduğu ihlallerden farklı olarak ceza normlarının ihlaline merkezileşmiş/kamusal bir yaptırım öngörmektedir. İster kamusal, isterse özel bir hakkın ihlali olsun, ceza normlarının ihlaline ilişkin kovuşturmanın kamusalılığı ve

⁸⁷ Erem, I, 263–264.

⁸⁸ Erem, I, 263–264.

⁸⁹ Erem, I, 263–265.

⁹⁰ Dönmezer-Erman, I, 334.

⁹¹ Dönmezer-Erman, I, 334.

⁹² Demirbaş, 461.

öngörülen yaptırımın merkeziliği/kamusallığı,⁹³ her bir suçla devletin menfaatinin ihlal edildiği anlamına gelir. Özel hukukî konu ise, suçtan doğrudan zarar gören özel ve tüzel kişilerin menfaatidir ki⁹⁴, bu da her bir suçun düzenlenişindeki özel maksadı ifade eder.⁹⁵ Ceza hukukundaki fonksiyonelliği açısından ele alındığında ise, “suçun genel konusu, suç olanla suç olmayanı ayırmaya, suçun özel konusu ise, belirli suçları gruplandırmaya, bir gruba giren suçları diğer zümrelerden ayırt etmeye yarar.”⁹⁶

Ceza hukuku normlarınca korunması amaçlanan hukukî değer nelerden ibaret olduğuna ilişkin indirgemeci bir anlayış ortaya koyan objektif ve sübjektif teorilerin aksine karma teori, günümüz ceza ve ceza yargılaması hukuku açısından daha tutarlı bir izah ortaya koymaktadır. Zira bir bütün olarak hukuk düzeni incelendiğinde objektif ve sübjektif hakların özellikle ceza hukuku açısından birbirini tamamlar nitelikte oldukları görülür. Ayrıca her bir suçun, suçtan doğrudan zarar gören mağdurunun yanında bir de doğal ve zorunlu mağdurunun devlet olduğu⁹⁷ anlayışı, suçla korunan hukukî değer özel ve genel niteliğine işaret etmektedir.

Suçun hukukî konusu ile maddî konusu farklı kavramlardır. Suçun maddî konusu, üzerinde suçun işlendiği, yani suç oluşturan tipik fiilin yöneldiği insan veya şeyi ifade eder.⁹⁸ Suçun hukukî konusu ise, ceza normlarınca korunan hak ve menfaatleri ifade eder. Ceza normlarınca korunmak istenen hak ve menfaatler, suçun maddî konusunun bir sonucu değil, kanun koyucunun maddî nitelikte olan bu varlık ve şeyler ile manevî nitelikli olgulara izafe ettiği değerlerdir. Örneğin kasten yaralama suçunda, kişinin “vücut bütünlüğü, bedenî, ruhî ve aklî sağlığını koruma hakları ile acı hissetmeme ve kötü muameleden azâde olma hakları”⁹⁹ hukuken korunan hakları iken, söz konusu kişi/kişinin bedeni suçun maddî konusudur.¹⁰⁰ Bir hırsızlık suçunda suçun maddî konusu taşınabilir bir mal iken, suçun hukukî konusu ise zilyetliktir.¹⁰¹ Ceza hukukunda herhangi bir suçun varlığından bahsedilebilmesi,

⁹³ Hafızogulları, 208.

⁹⁴ Erem, I, 262.

⁹⁵ Dönmezer-Erman, I, 335.

⁹⁶ Dönmezer-Erman, I, 335.

⁹⁷ Dönmezer-Erman, II, 395.

⁹⁸ Toroslu, 66; Demirbaş, 462; Erem, I, 250;

⁹⁹ Arslan, Çetin ve Bahattin Azizoglu, *Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Asil Yayınları, Ankara, 2004, S.378.

¹⁰⁰ Arslan-Azizoglu, 378.

¹⁰¹ Toroslu, 66.

ancak hukukî bir değerın varlığıyla mümkün iken, maddî konusu olmayan suçlardan söz etmek de mümkündür.¹⁰²

Ceza normlarınca korunan hukukî değerler, suçı diğer haksız fiillerden ayıran temel bir ölçüt olmanın yanında, suçların tasnifi ve suçlara öngörülen cezaî yaptırımların miktarı açısından işlevsel bir yapıya sahiptir. Zira kanun koyucu söz konusu değerlerin bireysel, toplumsal ve kamusal¹⁰³ niteliklerini dikkate alarak, ceza normlarını bu niteliklere dayanan bir düzen içerisinde oluşturmaktadır. Örneğin Türk Ceza Kanununda suçlar en genel şekliyle: uluslararası suçlar, kişilere karşı suçlar, topluma karşı suçlar ve devlete karşı suçlar şeklinde düzenlenmiştir. İslam Ceza Hukukunda ise, korunan hukukî değerler¹⁰⁴ açısından suçlar, genel olarak beş kısma ayrılır: cana karşı, mala karşı, nesle karşı, akla karşı ve dine karşı suçlar. Diğer taraftan suçla korunan hukukî değerler, ceza normlarında suç olarak tanımlanmış hukuka aykırı fiillere öngörülen yaptırımların belirlenmesinde kanun koyucuyu yönlendirici bir özelliğe sahiptir.

Suçun hukukî konusu ile mağdur kavramı arasında sebep-sonuç ilişkisi söz konusudur. Suçun hukukî konusunun ihlali anlamında objektif bir hakkın, yani suçla korunan genel bir yararın ihlaline bağlı olarak devletin mağduriyetinden veya ihlal edilen hakkın sübjektif niteliğine bağlı olarak özel ve tüzel kişilerin mağduriyetinden bahsedebilmek için, söz konusu mağduriyetin bağlanabileceği hukukî bir yarar veya menfaatin ihlali zorunludur. Bir diğer ifade ile ceza normlarının yasak hükmü ve müeyyide ile açıkça koruduğu bir hak ve menfaatin ihlalinde bahsettiğimizde, bir mağduriyetin ve dolayısıyla bir mağdurun varlığından bahsetmiş oluruz. İslam Ceza Hukukunda suçla ihlal edilen hukukî değerlerin kişilere veya topluma aidiyeti, mağdurun belirlenmesinde en belirgin ölçüttür. Bu bağlamda kişilere ait hak ve menfaatleri ifade eden hukukî değerlerin ihlalinde, söz konusu hakkın sahibi olan kişi/kişiler suçun mağduru olarak tespit edilirken; toplumu ilgilendiren hukukî değerlerin ihlalinde ise, suçun mağduru olarak toplum görülmektedir. Ceza

¹⁰² Erem, I, 251; Demirbaş, 465.

¹⁰³ Toroslu, 65.

¹⁰⁴ İslam Ceza Hukukunda suç olarak tanımlanan fiiller esas alındığında, ceza normları yoluyla korunması amaçlanan hukukî değerlerin; -irtidatın suç sayılmasıyla- din, -katl ve müessir fiillerin suç sayılmasıyla- nefis/hayat, -içkinin suç sayılmasıyla- akıl, -zinanın suç sayılmasıyla- nesl/neseb ve -hırsızlık vb. fiillerin suç sayılmasıyla- mal olduğu görülmektedir. Bkz. Ahmeydân, Zeyyâd Muhammed, *Makâsıdu's-Şer'ati'l-İslâmiyye*, Muessesetu'r-Risale, Beyrut 2004, 79; Ukâz, Fikri Ahmed, *Felsefetu'l-Ukûbe fî's-Şer'ati'l-İslâmiyye ve'l-Kânûn*, Mektebetu Ukâz, Cidde 1982, 52.

hukukunda ihlal edilen hukukî değerin kişilere veya topluma aidiyeti açısından mağdurun belirlenmesi bu şekilde yapılırken; ceza yargılamasında, af ve sulh gibi hukukî işlemlerin geçerliliği de, yine suçla ihlal edilen hukukî değerin niteliğine göre belirlenmektedir.

5. Suçtan Zarar Gören Kavramı ve Mağdur Kavramıyla İlişkisi

Günümüz Ceza hukuku alanında *mağdur* kavramı, suç oluşturan bir fiilden doğrudan zarar gören kişiyi,¹⁰⁵ bir diğer ifadeyle, ceza normu tarafından korunan ve suçla ihlal edilen hukukî varlık veya menfaatin sahibini ifade eder.¹⁰⁶ Esasen hukuka aykırı bir fiilin suç olarak tanımlanması da ceza normu tarafından korunan bir hakkın ihlali sebebiyledir. *Suçtan zarar gören* kavramı ise, bazen mağdur kavramıyla eşanlamlı olarak kullanılırken, bazen de mağdur kavramından farklı bir anlam ve içerikte kullanılmaktadır. Diğer taraftan *suçtan zarar gören* kavramının kanun koyucu tarafından her zaman aynı kişi ya da kişileri ifade etmek için kullanılmaması, bu kavramın gerek ceza hukuku açısından gerek ceza yargılaması hukuku açısından tek bir anlam ifade etmediğini ortaya koymaktadır. Zira söz konusu kavram, bazen mağdur, yani suçtan doğrudan zarar gören anlamında, bazen de adam öldürme suçunda olduğu gibi kamu davasına müdahil olarak katılabilme veya kanun koyucunun soruşturulması ve kovuşturulmasını, “mağdurun şikâyeti üzerine”, “suçtan zarar görenin şikâyeti üzerine” gibi ifadelerle şahsî bir şikâyetin varlığına bağladığı suçlarda şikâyet hakkı olan kimse/kimseler anlamında kullanılmaktadır.

Ceza ve yargılama hukuku açısından İslam Hukuk sistemi incelendiğinde, kimi suçlarda ceza uyumsuzluğunun tarafı ile yargı sürecinde iddia makamını temsil eden kişilerin farklı kimseler olduğu dikkate alınarak,¹⁰⁷ mağdur ve suçtan zarar

¹⁰⁵ Açıkgözoğlu, Muhammet, *Ceza Hukuku Açısından Teori Ve Uygulamada Mağdur Kavramı*, Adil Yayınevi, Ankara 2000, 13.

¹⁰⁶ Toroslu, 67.

¹⁰⁷ İslam ceza yargılaması hukukunda, had cezasını gerektiren suçlar hariç olmak üzere, ceza uyumsuzlukların kovuşturulması ya -kazf suçunda olduğu gibi- suçtan doğrudan zarar gören mağdurun şikâyeti, ya da -katl suçlarında olduğu gibi- mağdur yakınlarının şikâyeti üzerine yapılabilmektedir. Bu uygulama bağlamında ceza uyumsuzluğunun yargı konusu edilmesinde yetkilendirilen süjelerin farklılığı esas alındığında mağdur ve suçtan zarar gören ayrımı yapılabilmektedir. Ceza uyumsuzluğunun yargı konusu edilmesindeki yetkilendirmeden ayrı olarak, yargı sürecinde mağdur yakınlarına af ve uzlaşma gibi hukukî tasarruflarda bulunma yetkisinin tanınmış olması da, İslam Ceza Hukuku açısından mağdur ve suçtan zarar gören ayrımının yapılabilesini olanaklı kılmaktadır.

gören ayrımının, günümüz hukuk sisteminden daha belirgin bir biçimde yapılabileceği görülmektedir.

Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde, kavram kargaşasının önlenmesi ve söz konusu kavramların hangi anlamda kullanıldığının belirgin biçimde anlaşılabilmesi açısından;1) bu kavramların daha çok hangi alanda kullanıldığı, 2) hangi tip suçlarda benzer nitelermeyi ifade ettikleri, 3) farklı anlamda kullanılmaları durumunda, özellikle *suçtan zarar gören* kavramının kapsamı ve bu kapsamı belirleyen ölçütlerin neler olduğu, 4) yine farklı anlamda kullanılmalarının, özellikle ceza yargılaması açısından uygulamaya nasıl yansıdığına izahı bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır.

Mağdur kavramı, ceza ve yargılama hukuku alanında kullanılan bir kavram iken; *suçtan zarar gören* kavramı ise, yargılama hukukuna ilişkin bir kavramdır.¹⁰⁸ Ancak, kanun koyucunun söz konusu kavramları, “suçtan zarar gören mağdur”¹⁰⁹ gibi ifadelerle aynı anlamı ifade edecek biçimde kullanması durumunda ise böyle bir alan tespiti yapma imkânı yoktur. Zira bu durumda kavramlar, spesifik bir anlam ifade etmekten çok, suçun pasif süjesini ifade etmek üzere genel anlamda kullanılmaktadır. Mağdur kavramının daha çok ceza hukuku alanına ilişkin olması, her bir ceza normuyla korunması amaçlanan hukukî varlık veya menfaatin ihlali durumunda, suçtan doğrudan zarar görenin, ceza uyuşmazlığının tarafı olduğu gerçeğine dayanır. Zira mağdur kavramı ister “suçtan zarar gören” anlamında, isterse kendi anlamında kullanılsın, her durumda ceza ilişkisinin tarafı olan pasif süjeyi ifade etmektedir. “Suçtan zarar gören” kavramının genel olarak ceza yargılamasına ilişkin bir kullanım olması ise, kendini daha çok, kanun koyucunun soruşturulması ve kovuşturulmasını şikâyetle bağladığı suçların kovuşturulmasında, şikâyet hakkına sahip olan kişi ya da kişileri¹¹⁰ veya kamu davası olarak yürütülen hak ihlallerinde de, re’sen kovuşturmayı yapan savcının yanında “müdahil” sıfatıyla kovuşturmaya katılanları ifade etmektedir.¹¹¹ Örneğin adam öldürme suçunda mağdur, yaşam hakkı ihlal edilerek öldürülen kimse iken, suçtan zarar gören ise, söz konusu ihlal neticesinde hukuken korunan hak ve menfaatleri ihlal edilen kişi/kişilerdir. Burada

¹⁰⁸ Yurtcan, 186.

¹⁰⁹ CMK md. 127/5 ve 132/2.

¹¹⁰ Öztürk, Bahri, M. Rahmi Erdem ve Veli Ö. Özbek, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2000, 269–270.

¹¹¹ CMK md. 237/1.

özellikle belirtmek gerekir ki, suçtan zarar gören nitelemesine imkân verecek bu ihlallerin doğrudan suçla değil; ancak suçla ihlal edilen ve ceza uyumsuzluğuna sebep olan hakkın ihlali neticesinde ortaya çıkmış olmalarıdır. Daha teknik bir ifadeyle, “suçtan zarar gören” kavramı, ceza uyumsuzluğunun bir hukuk uyumsuzluğunu ortaya çıkardığı durumlarda,¹¹² özellikle yargı sürecinde, mağdur kavramından farklı bir anlamı ifade etmek üzere spesifik bir anlam kazanmaktadır.¹¹³ Diğer taraftan, “bu kavramın bir yargılama hukuku kavramı olduğu kendini daha çok, bu tanıma giren kişilere yargılama sırasında bazı yetki ve ödevlerin verilmesinde kendini gösterir.”¹¹⁴

Mağdur ve suçtan zarar gören kavramlarının suçun pasif süjesini ifade etmek üzere aynı anlamda kullanılması ise, söz konusu kullanımın, bir taraftan suçla ihlal edilen hakkın sahibini yani ceza uyumsuzluğunun tarafını ifade ederken aynı zamanda ceza yargılamasında, gerek kovuşturulması şikâyetle bağlı suçlarda şikâyet etme hakkına sahip olan,¹¹⁵ gerekse re’sen kovuşturulan suçlarda kamu davasına katılma hakkına sahip olan kişi/kişileri ifade etmesi şeklindedir.¹¹⁶ Bu durumda, ilgili kavramların “suçun mağduru”, “suçtan zarar gören” ve “suçtan zarar gören mağdur” gibi farklı şekillerde kullanılmaları halinde aynı kişiyi tanımlamaya yönelik nitelemeler olduğu anlaşılır. Örneğin kasten işlenen müessir fiillerde mağdur ve suçtan zarar gören aynı kimsedir.¹¹⁷ Çünkü müessir fiile maruz kalan kişi, bir taraftan bedenen şiddet içeren davranışlardan korunma hakkı ihlal edilen kişi iken; diğer taraftan, söz konusu suçun şikâyetle bağlı olarak kovuşturulması durumunda şikâyet hakkına¹¹⁸ ya da re’sen kovuşturmada müdahale hakkına sahip olan kişidir.¹¹⁹ Hakaret suçlarının soruşturulması ve kovuşturulmasını düzenleyen TCK md. 131/1’de: “Kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenen hariç; hakaret suçunun soruşturulması ve kovuşturulması, mağdurun şikâyetine bağlıdır.” denilmek suretiyle, şikâyet hakkı mağdurun kendisine tanınmıştır ki burada mağdur nitelemesinin, yukarıda yapılan açıklamalar bağlamında, aynı zamanda “suçtan zarar gören”i de ifade edecek biçimde kullanıldığı açıktır. İlgili maddenin 2. fıkrasında ise,

¹¹² Dönmezer- Erman, II, 427; Yılmaz, Zekeriya, *Tüm Değişikliklerle Ceza Muhakemesi Kanununun Getirdiği Yenilikler Ve Yargılama Sistemi*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, 24.

¹¹³ Demirbaş, 465.

¹¹⁴ Yurtcan, 186.

¹¹⁵ Demirbaş, 192.

¹¹⁶ CMK md. 239/1.

¹¹⁷ Yurtcan, 186.

¹¹⁸ TCK md. 88/1.

¹¹⁹ CMK md. 239/1.

suçtan zarar gören mağdurun şikâyet hakkını kullanmadan önce vefat etmesi durumunda, şikâyet hakkının ölenin ikinci dereceye kadar altsoy ve üstsoyuna ya da eş ve kardeşlerine geçeceği belirtilmektedir ki bu durum, ileride açıklayacağımız üzere, şikâyet hakkına sahip olanlardan hareketle “suçtan zarar gören” kavramının mağdur kavramından farklı olarak spesifik kullanımına ilişkin bir problemdir.

“Mağdur” ve “suçtan zarar gören” kavramlarının farklı kişileri ifade etmek üzere kullanıldığı durumların tespiti, özellikle ceza yargılamasında, şikâyet hakkına sahip olan ve kamu davasına ilişkin suçların kovuşturulmasında, savcının yanında “müdahil” sıfatıyla yer alma hakkına sahip olanların; bir diğer ifadeyle yargılamada süjelik kazananların belirlenmesi açısından önemlidir. Esasen burada ortaya konulmaya çalışılan fark, “suçtan zarar gören” kavramının “mağdur” kavramından farklı bir anlam ve nitelemeyi ifade edecek şekilde kullanımına ilişkindir. Bu bağlamda “suçtan zarar gören” kavramından ne anlaşılması gerektiğine ve bu sıfatı taşıyanların kimler olduğuna ilişkin olarak doktrinde farklı yaklaşımlar ortaya konmuştur.

Bu yaklaşımlardan ilki, “suçtan zarar gören” kavramını suçtan doğrudan zarar görene/görenlere indirgemektedir. Bu anlamıyla “suçtan zarar gören” kavramı, mağdur kavramıyla aynı anlamı ifade etmektedir. Bu açıdan suçtan zarar gören, suçun maddî unsurunun ilgilendirdiği, yöneldiği ve etkilediği hakkın sahibini, yani suç tipinin maddi unsuru ile doğrudan doğruya korunan çıkarın sahibini ya da suç oluşturan fiilin hareket kısmının yöneldiği kişiyi ifade etmektedir.¹²⁰ Suçtan zarar göreni suç mağduruna eşdeğer bir anlamda kullanmakla sınırlı bir alan çizen bu görüş, dar bir görüş olarak ortaya çıkmaktadır. Bunun ceza yargılamasında, özellikle adam öldürme suçlarında, ciddi çözümsüzlüklere sebep olacağı açıktır. Zira hukuk düzeni, bir taraftan hangi tip hak ihlallerinin suç teşkil ettiğini ve bu ihlallere öngörülen cezaî yaptırımları düzenlerken, diğer taraftan da söz konusu ihlallerin gerek kovuşturulmasına, gerekse suça öngörülen yaptırımların tercihine ilişkin esasları/usulleri düzenlemektedir ki bu da ceza hukuku ile ceza yargılaması hukukunun birbirini tamamlayan sistemler olduğunu ortaya koyar. Sözgelimi suçtan zarar görenin, suçun mağduruna indirgenmesine ilişkin olarak, kanun koyucunun kovuşturulmasını suçtan zarar görenin şikâyetine bağladığı suçlarda, suçtan doğrudan

¹²⁰ Yurtcan, 187.

zarar görenin şikâyet etme olasılığının ölüm vb. sebeplerle ortadan kalkması halinde, suçun kovuşturulamaması gibi bir problemin varlığı söz konusudur ki, bu da hukuk düzeninin bütüncül işlevselliğini ortadan kaldırır. Diğer taraftan, hukuk düzeninin bütüncül yapısını dikkate aldığımızda, hukukun farklı kollara ayrılması, bu farklılıklara ilişkin düzenlemelerin birbirinden tamamen bağımsız olduğu anlamına gelmez. Örneğin borçlar hukukunun konusu olan maddî tazminat talebi, ceza hukukunu ilgilendiren adam öldürme suçundan kaynaklanabilir. Zira Borçlar Kanununun 45. maddesinin 1. fıkrası, ölümlü sonuçlanan haksız fiil neticesinde, mirasçılarının, yardımdan yoksun kalanların ve ölen kimsenin yakınlarının maddî tazminat davası açabileceklerine ilişkin düzenlemeleri içermektedir. Bu bağlamda, ceza uyuşmazlığının ortaya çıkardığı hukuk uyuşmazlığının taraflarını, ceza uyuşmazlığıyla ilişkilendirme amacına uygun olarak “suçtan zarar gören/görenler” olarak nitelemek gerekmektedir.

“Suçtan zarar gören” kavramının tespitine ilişkin bir diğer görüş de, “iddia edilen fiil ile haklı çıkarı zedelenen kişiye, suçtan zarar gören niteliğini tanıyan görüştür.”¹²¹ Bu görüşe göre, suçtan zarar gören kavramı, mağdur/suçtan doğrudan zarar gören kavramından farklı olarak, öncelikle bu nitelemeye dâhil edilecek kişi/kişilerin kanun koyucu ve kovuşturmayı yürüten yetkili makam tarafından, yargı süjesi olarak kabul edilmeleri ile doğrudan ilişkilidir. Bu anlamda “suçtan zarar gören” olma, yargı süjesi olmaktır. Yargı süjeliği ise, uyuşmazlığın niteliğine göre, ceza uyuşmazlığının tarafı ve hukuk uyuşmazlığının tarafı olmak üzere iki farklı şekilde ele alınmaktadır. Ceza uyuşmazlığının tarafı olmak, ceza yargılamasında “müdahil” sıfatıyla kamu davasına katılabilmeyi ifade ederken; hukuk uyuşmazlığının tarafı olmak ise, ceza yargılamasından farklı olarak, davanın iddia makamını ifade eder.¹²²

“Suçtan zarar gören” sıfatıyla nitelendirilebilecek kişileri tespit etmek için kullanılan bir diğer kriter ise, kanun koyucunun kovuşturulmasını şikâyete bağladığı suçlarda şikâyet hakkına sahip olmaktır. Zira kanun koyucu, kovuşturulması mağdurun şikâyetine bağlı suçlarda, mağdurun şikâyet hakkını kullanmadan ölmesi durumunda, şikâyet hakkını kullanmak üzere mağdurun yakınlarına¹²³ suçlunun

¹²¹ Yurtcan, 186.

¹²² Dönmezer- Erman, II, 427; Açıkgozolu, 15.

¹²³ Hakaret suçunun kovuşturulmasına ilişkin düzenleme: TCK md. 131/1, 2.

cezalandırılması talebiyle dava açabilme yetkisi vermiştir. Söz konusu yetki, suçun doğrudan ihlal ettiği hukukî değerle yakın ve haklı görülebilecek bir ilgiye dayanmaktadır. Bu bakımdan, “suçtan zarar gören” kavramı spesifik olarak, suçla korunan hukukî değerle değil, bu değerle ilişkide olduğu görülebilecek bir diğer hukukî değerle sahibini ifade eder ki, suçtan zarar görenlerin daha çok hukuk ilişkisinin tarafı olmalarının gerekçesi de budur.

Ceza hukukunda suç oluşturan fiillere ilişkin olarak mağdur ve suçtan zarar gören ayrımı, ceza normlarının konuluş amacı olan hukukî değerler ve bu değerlerle doğrudan ilgi kurulabilecek diğer hakların farklılığına dayanır. Bu bağlamda “suçtan zarar gören” kavramı, mağdur kavramının dışında bir kullanımı ifade etmek üzere, ceza uyuşmazlığının konusu olan ihlalin, hukuk uyuşmazlığını netice vermesi durumunda, söz konusu ihlale konu olan hakkın sahibini ifade eder.¹²⁴ Örneğin Borçlar Hukukunda, haksız fiilin ölümle sonuçlanması halinde, ihlal edilen yaşam hakkıyla ilgisi dikkate alınarak, mağdurun mirasçıları ve yakınları ile yardımdan yoksun kalanlara, maddî ve manevî tazminat davası açma hakkı tanınmıştır.¹²⁵ Dikkat edilirse bahsedilen kişilerin söz konusu hakları kullanması, kanun koyucu tarafından ceza normlarınca korunan hukukî bir hakkın/yaşam hakkının ihlaline bağlanmıştır. Suçtan doğan tazminat talebinin ilgili olduğu hukuk dalı dikkate alınınca, ceza uyuşmazlığının tarafı mağdur iken, suçtan zarar görenin ise hukuk uyuşmazlığının tarafı olduğu anlaşılır ki,¹²⁶ bu da söz konusu kavramların, yargılama hukukunda uygulamaya yansımış şeklini ifade eder.

Suçtan zarar gören kavramını, mağdur kavramını da kapsayacak düzeyde daha genel ve bazen de adam öldürme suçunda olduğu gibi farklı olarak tespit etmeye çalışan ikinci görüş, özetle şöyledir: “İddia edilen ve cezalandırılması istenen fiille haklı çıkarı zedelenen kişinin, o suçun kovuşturulması konusundaki isteğini, suçun kişide yarattığı tatmin edilme gereksinimini ve suçun kişide yarattığı psikolojik etkiyi dikkate almaktadır.”¹²⁷ Ancak “Şahsî davada ve kamu davasına katılmada suçtan zarar gören kavramına çizilecek sınırın farklı olması, söz konusu

¹²⁴ Açıkgozoğlu, 15.

¹²⁵ Özbek, Veli Özer, *Ceza Hukukunda Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi*, Seçkin Yayınevi, Ankara ty., 225; Kayar, İsmail, *Borçlar Hukuku*, Detay Yayıncılık, Ankara 2004, 83–84; Reisoğlu, Safa, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., İstanbul 2004, 217-218.

¹²⁶ Dönmezer- Erman, II, 427; Açıkgozoğlu, 15.

¹²⁷ Yurtcan, 187.

kavramın tespitinde yargıcın geniş takdir yetkisini ortaya çıkarmakta ve yargıcın haklı çıkar ve cezalandırma konusundaki psikolojik durumu iyi değerlendirmesi gerekmektedir.”¹²⁸ Esasen suçtan zarar gören kavramına ilişkin bir tanım yapılamaması da, bu kavramın farklı durumlarda farklı içeriklerde anlaşılması gerektiğini göstermektedir.

Mağdur ve suçtan zarar gören ayrımı bağlamında, dikkat edilmesi gereken önemli bir konu da karma nitelikli hukukî değerlerin ihlalidir. Karma nitelikli hak ihlalleri, geçen paragraflarda bahsedilenden farklı olarak, ceza uyuşmazlığına konu olan ihlalle birlikte medenî bir hakkın ihlalidir ki, her iki hakkın sahibi de mağdur olarak nitelendirilmektedir. Sûjelerin haklar karşısındaki konumlarını dikkate aldığımızda, genel olarak velayet ve vesayetten doğan hak ihlallerinin, karma nitelikli oldukları görülmektedir. Nitekim Türk Ceza Kanununun, çocuğun kaçırılması ve alıkonulmasına ilişkin yaptırımı düzenleyen 234. maddesi bu nitelikte bir hak ihlalidir. Söz konusu suçla bir taraftan korunma hakkı olan küçüğün hakkı ihlal edilirken, aynı zamanda velinin, vasinin veya bakım ve gözetim yetkisine sahip olan kişilerin hakkı ihlal edilmektedir. Bu sebeple hem çocuk hem de veli ve vasi, doğrudan ihlal edilen hakları sebebiyle mağdur konumuna düşmektedirler.¹²⁹

Sonuç itibariyle, “suçtan zarar gören” kavramını “mağdur” kavramına indirgeyen dar görüşün özellikle ceza yargılaması açısından uygulamada ortaya çıkaracağı problemlere karşılık; bazı durumlarda suçtan zarar gören kavramını “mağdur” kavramına karşılık gelecek biçimde kullanan, bazen de adam öldürme suçlarında olduğu gibi “mağdur” kavramından farklı olarak ele alan ve buna bağlı olarak da suçtan doğrudan zarar görmeyen ancak suçla haklı bir çıkarı zedelenen kişinin suçun kovuşturulması konusundaki isteğini, suçun o kişide yarattığı tatmin edilme gereksinimini ve psikolojik etkiyi dikkate alan ve böylelikle indirgemeci görüşün uygulamada ortaya çıkardığı problemleri bertaraf eden ikinci görüşün, mağdur ve suçtan zarar gören kavramlarını açıklamada daha tutarlı ve daha fonksiyonel olduğu görülmektedir.

¹²⁸ Yurtcan, 186.

¹²⁹ Artuk-Gökçen-Yenidünya, 445.

B. MAĞDURİYETİN ORTAYA ÇIKIŞI

Ceza hukukunda mağduriyetin ortaya çıkışı ve dolayısıyla mağdurun varlığı sorunu, ceza normlarının ve cezaî korumanın konusunu oluşturan hukukî değerlerin varlığı, aynı zamanda bu değerlerin yer ve kişi bakımından geçerliliği bağlamında ele alınması gereken bir konudur. Zira ceza hukukunda mağduriyetin varlığından bahsedilebilmesi için, mağduriyete sebep olan ve suç tarafından ihlal edilen hak ve menfaatin, ceza tehdidiyle korunuyor olması, aynı zamanda bu korumaya ilişkin düzenlemenin yer ve kişi bakımından geçerliliğinin olması gerekmektedir. Bu bakımdan biz, mağduriyetin ortaya çıkışı sorununu, *ceza normlarıyla korunan hak ve menfaatler-mağduriyetin ortaya çıkışı* ve *ceza normlarının yer ve kişi bakımından geçerliliği-mağduriyetin ortaya çıkışı* ilişkileri çerçevesinde ele almaya çalışacağız. Ancak önemle belirtmemiz gerekir ki, *ceza normlarının koruduğu haklar-mağduriyetin ortaya çıkışı* ilişkisini, “suçun konusu ve mağdur kavramıyla ilişkisi” bahsinde genişçe ele almış olmamıza rağmen, çalışma konumuzun mantıkî bütünlüğü açısından, kısaca ele almayı uygun gördük.

1. Ceza Normlarının Koruduğu Haklar ve Mağduriyetin Ortaya Çıkışı

Ceza hukuku açısından mağduriyetin ortaya çıkışı ve dolayısıyla mağdurun varlığı, ilgili hukuk düzeninde ceza tehdidiyle korunan ve suçla ihlal edilen bir hakkın varlığına bağlıdır. Bu bakımdan her bir ceza hukuku düzeni içinde, ceza tehdidiyle korunması amaçlanan hak ve menfaatlerin varlığı, -mağduriyete sebep olan ihlalin konusu olarak- ilgili hukuk düzeni açısından mağduriyetin varlığını ve sınırlarını belirlemede zorunlu bir unsurdur. Ceza normlarıyla korunması amaçlanan bu hak ve menfaatler, farklı hukuk sistemlerinde farklı içerikteki düzenlemelerin konusu olabildikleri için, mağduriyetin ortaya çıkışı ve varlığı, her bir ceza hukuku sistemi açısından, diğer ceza hukuku sistemlerinden bağımsız olarak ele alınmaktadır. Bu bağlamda İslam Ceza Hukukunda, ceza normlarınca korunması amaçlanan hukukî değerler dikkate alınarak suçlar, en genel şekliyle, *dine, hayata, akla, nesle* ve *mala karşı suçlar* şeklinde düzenlenirken; Türk Ceza Hukukunda ise, *uluslararası suçlar, kişilere karşı suçlar, topluma karşı suçlar, millete ve devlete karşı suçlar* şeklinde düzenlenmektedir. Diğer taraftan, her hangi bir ceza hukuku sisteminde hukuken korunmaya değer görülen bir varlık ve menfaat, diğer ceza

hukuku sistemlerinde, hukukî korumanın konusunu oluşturmamaktadır. Bu bakımdan aynı fiil, herhangi bir ceza hukukunda suçun konusu ve dolayısıyla mağduriyetin ortaya çıkış sebebi olarak belirlenebilirken, diğer ceza hukuku sistemlerinde ise, suç oluşturmamaktadır. İslam Ceza Hukuku açısından bunun en belirgin iki örneği, içki içme ve irtidat(dinden dönme) suçlarıdır. Kısaca ifade etmek gerekirse, ceza hukukunda mağduriyetin ortaya çıkışı, öncelikle, mağduriyetin konusu olan hak ve menfaatin ilgili hukuk düzenince korunması, aynı zamanda bu hak ve menfaatin, suç olarak düzenlenen fiille ihlal edilmesinin zorunlu bir sonucudur.

2. Ceza Normlarının Yer-Kişi Bakımından Uygulanması ve Mağduriyetin Ortaya Çıkışı

Ceza hukukunda mağduriyetin ortaya çıkışı, öncelikle, mağduriyeti netice veren ihlale ilişkin bir düzenlemenin/ceza normunun varlığı ve bu normun yer-kişi bakımından geçerliliği ile doğrudan ilişkilidir. Denilebilir ki, mağduriyet, ceza normunun ihlalinin sonucudur. Bu bakımdan ceza hukukunda -özellikle İslam Ceza Hukukunda- *mağduriyet* tanımlamasının ve *mağdur* nitelemesinin yapılabilmesi, büyük ölçüde ceza normlarının geçerliliğinin, yer ve kişi bakımından tespitiyle mümkündür. Bu çerçevede biz, Türk ceza hukuku ve İslam Ceza Hukukunda mağduriyetin varlığı ve sınırlarını tespit için, her iki hukuk sisteminde ceza normlarının yer ve kişi bakımından geçerliliğine ilişkin ilkeleri belirlemeye çalışacağız.

Türk Ceza Hukuku normlarının yer bakımından geçerliliğine ilişkin benimsenen temel ilke, *mülkîlik sistemidir*. Mülkîlik sistemi ise, ceza uyumsuzluğunun tarafları olan suçlu ve mağdurun vatandaşlığı dikkate alınmaksızın, suçun meydana geldiği ülkenin ceza kanunlarının, o ülkedeki herkese uygulanmasıdır.¹³⁰ Bu ilkenin uygulanabilmesi için, suçun işlendiği yerin belirlenmesi bir zorunluluktur. Ancak bu belirleme, hareketle neticenin peşpeşe gerçekleştiği suçlarda -ki bunlara *ani suçlar* denir- herhangi bir sorun oluşturmazken; hareketle neticenin farklı ülkelerde gerçekleştiği suçlarda ise -ki bunlara *mesafe suçları* denir- bir takım zorlukları

¹³⁰ Toroslu, 47; Hakeri, *Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları*, 46; Dönmezer- Erman, I, 237; Demirbaş, 135.

beraberinde getirmektedir.¹³¹ Söz konusu sistemin benimsenmesi ve suçun işlendiği yerin belirlenmesine işaret etmek üzere TCK md. 8/1 ve 2’de : “1. Türkiye’de işlenen suçlar hakkında Türk kanunları uygulanır. Fiilin kısmen veya tamamen Türkiye’de işlenmesi veya neticenin Türkiye’de gerçekleşmesi halinde suç, Türkiye’de işlenmiş sayılır. 2. Suç; a. Türk kara ve hava sahaları ile Türk karasularında, b. Açık denizde ve bunun üzerindeki hava sahasında, Türk deniz ve hava araçlarında veya bu araçlarda, c. Türk deniz ve hava savaş araçlarında veya bu araçlarla, d. Türkiye’nin kıta sahanlığında veya münhasır ekonomik bölgesinde tesis edilmiş sabit platformlarda veya bunlara karşı işlendiğinde Türkiye’de işlenmiş sayılır.”denilmektedir. Bu düzenleme çerçevesinde, herhangi bir suçun Türkiye’de işlendiğinin belirlenmesi durumunda, bu suçun, ceza normu yoluyla korunan hukukî bir değeri ihlal etmesi sebebiyle mağduriyetten bahsedilebilecektir.

Türk Ceza Hukuku normlarının yer bakımından geçerliliği bağlamında mülkîlik sistemi asıl kabul edilmekle birlikte, yabancı ülkede Türkiye ve Türk vatandaşı aleyhine işlenen bazı suçlar ile Türk vatandaşının yabancı ülkede işlediği bazı suçlarda Türk ceza hukuku normlarının uygulanması öngörülmektedir. Mülkîlik sisteminden farklı bir uygulamayı ifade eden bu sisteme *yarı mülkîlik sistemi* denilmektedir. Yarı mülkîlik sistemi; *korunma ilkesi*, *fâile göre şahsîlik ilkesi*, *mağdura göre şahsîlik ilkesi* ve *adalet ilkesi* olmak üzere dört farklı şekilde ele alınmaktadır.¹³² Korunma ilkesi,¹³³ devletin, yurt dışında kendi varlığına karşı işlenen suçların fâillerini, hangi devletin vatandaşı olduğunu dikkate almaksızın, belirli koşulların varlığı halinde¹³⁴ cezalandırabilmesidir. Nitekim söz konusu ilkeye işaret etmek üzere TCK md. 13/1’de: “Aşağıdaki suçların¹³⁵ vatandaş veya yabancı

¹³¹ Demirbaş, 137; Hakeri, *Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları*, 44.

¹³² Demirbaş, 156.

¹³³ Dönmezer- Erman, I, 253.

¹³⁴ Söz konusu ilke uygulanmasına konu olan suçların yurt dışında işlenmiş olması ve suçlunun da Türkiye’de bulunması gerekir. Bkz. Demirbaş, 159.

¹³⁵ Bu ilkenin uygulanacağı suçlar, TCK md. 13’te şu şekilde belirlenmiştir: a)Uluslararası suçlar (soykırım, insanlığa karşı suçlar, göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti), b) TCK ikinci kitap dördüncü kısım altındaki bazı suçlar: devletin egemenlik alametlerine ve organlarının saygınlığına karşı suçlar, devletin güvenliğine karşı suçlar, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve yabancı devletlerle olan ilişkilere karşı suçlar, c) işkence suçu, d) çevrenin kastan kirletilmesi suçu, e) uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma suçu, f) parada sahtecilik, para ve kıymetli damgaları imale yarayan araçların üretimi ve ticareti, mühürde sahtecilik suçları, g) fuhuş suçu, h) rüşvet suçu, i) deniz, demiryolu veya havayolu ulaşım araçlarının kaçırılması veya alıkonulması ya da bu araçlara karşı işlenen zarar verme suçları.

tarafından, yabancı ülkede işlenmesi halinde, Türk kanunları uygulanır.” denilmektedir. Fâile göre şahsîlik ilkesi ise, suçluya, vatandaşı olduğu ülke dışında işlediği belirli suçlardan dolayı, vatandaşı olduğu devletin ceza normlarının uygulanmasıdır.¹³⁶ TCK md. 11’de: “1) Bir Türk vatandaşı, 13 üncü maddede yazılı suçlar dışında, Türk kanunlarına göre aşağı sınırı bir yıldan az olmayan hapis cezasını gerektiren bir suçu yabancı ülkede işlediği ve kendisi Türkiye’de bulunduğu takdirde, bu suçtan dolayı yabancı ülkede hüküm verilmemiş olması ve Türkiye’de kovuşturulabilirliğin bulunması koşulu ile Türk kanunlarına göre cezalandırılır. 2) Suç, aşağı sınırı bir yıldan az hapis cezasını gerektirdiğinde yargılama yapılması, zarar görenin veya yabancı hükûmetin şikâyetine bağlıdır. Bu durumda şikâyet, vatandaşın Türkiye’ye girdiği tarihten itibaren altı ay içinde yapılmalıdır.” denilerek söz konusu ilkenin, belirlenen koşullar çerçevesinde geçerliliği benimsenmiştir. Yarı mülkîlik sistemi çerçevesinde benimsenen bir diğer ilke de *mağdura göre şahsîlik* ilkesidir. Mağdura göre şahsîlik ilkesi, herhangi bir kişiye ya da devlete karşı, yurt dışında yabancı bir kimse tarafından işlenen suçlarda, mağdurun vatandaşı olduğu ülke ceza normlarının uygulanmasıdır.¹³⁷ TCK md. 12’de: “1) Bir yabancı, 13 üncü maddede yazılan suçlar dışında, Türk kanunlarına göre aşağı sınırı en az bir yıl hapis cezasını gerektiren bir suçu, yabancı ülkede Türkiye’nin zararına işlediği ve kendisi Türkiye’de bulunduğu takdirde, Türk kanunlarına göre cezalandırılır. Yargılama yapılması Adalet Bakanının istemine bağlıdır. 2) Yukarıdaki fıkrada belirtilen suçun bir Türk vatandaşının veya Türk kanunlarına göre kurulmuş özel hukuk tüzel kişisinin zararına işlenmesi ve fâilin Türkiye’de bulunması halinde, bu suçtan dolayı yabancı ülkede hüküm verilmemiş olması koşulu ile suçtan zarar görenin şikâyeti üzerine fâil, Türk kanunlarına göre cezalandırılır.”denilmek suretiyle, diğer ilkelerle birlikte, belirlenen koşullar çerçevesinde mağdura göre şahsîlik ilkesi de benimsenmiştir. Yarı mülkîlik sistemine ilişkin olarak benimsenen son ilke ise, *adalet (evrensellik)* ilkesidir. Bu ilkenin temelinde, bir yabancı tarafından, yurt dışında diğer bir yabancıya karşı işlenmiş olan suçun cezasız kalmaması gerektiği anlayışı yatmaktadır.¹³⁸ TCK md.12/3’te kabul edilen bu ilkeye göre, yabancı ülkede

¹³⁶ Dönmezer-Erman, I, 250; Hakeri, *Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları*, 48.

¹³⁷ Hakeri, *Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları*, 50; Demirbaş, 162; Dönmezer-Erman, I, 251.

¹³⁸ Hakeri, *Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları*, 52; Demirbaş, 163.

işlenmekle birlikte fâili ve mağduru Türk vatandaşı olmayan bazı suçlarda belirli koşulların¹³⁹ varlığına bağlı olarak Türk Ceza Hukuku normlarının uygulanması öngörülmektedir. Yarı mülkîlik sistemine ilişkin söz konusu ilkeler yoluyla yer bakımından geçerliliği belirlenen ceza hukuku normlarının, yabancı bir ülkede ihlali durumunda, *mağduriyet* tanımlaması ve *mağdur* nitelemesi yapılabilecektir.

İslam Ceza Hukuku normlarının yer ve kişi bakımından geçerliliği, İslam hukukçuları tarafından farklı ilkeler çerçevesinde ele alınmıştır. Klasik kaynaklardan tespit edilebildiği kadarıyla, İslam hukukçularının konuyla ilgili görüşleri, suçun İslam ülkesinde veya İslam ülkesi dışında işlenmesine bağlı olarak farklı sistemler açısından ele alınabilir gözükmemektedir. Bu sebeple biz, İslam Ceza Hukuku normlarının yer ve kişi bakımından geçerliliğini, *mülkîlik sistemi* ve *yarı mülkîlik sistemi/sahsîlik sistemi* bağlamında tespit etmeye çalışacağız. Önemle belirtmek gerekir ki, söz konusu sistemler, İslam ve Türk Ceza Hukuku Açısından bütünüyle benzer bir uygulamayı ifade etmez.

İslam hukukçuları, mülkîlik sistemi çerçevesinde ceza normlarının geçerliliğini, genel olarak, *ihlal edilen hukukî değer*in niteliği-normun muhatabı ilişkisi bağlamında belirlemektedirler. Bu belirlemede esas olan, İslam Ceza Hukukunda suçların, Allah hakkını ihlal eden suçlar ve kul hakkını ihlal eden suçlar şeklinde ayrımı ile suç işleyen kimsenin İslam ülkesi vatandaşı olup olmamasıdır. Bunun dışında bazı suçlarda, fâilin Müslüman olup olmaması da, ceza normunun geçerliliğini belirleyen bir ölçüt olarak değerlendirilmektedir. İslam hukukçularının tamamına göre, İslam ülkesinde bulunan bütün Müslümanlar, ister kul haklarına ilişkin bir düzenleme olsun ister Allah hakkına ilişkin bir düzenleme olsun, her bir ceza normuna uymakla yükümlüdürler. İslam ülkesi vatandaşı olan zimmîlerin, İslam Ceza Hukuku normları karşısındaki yükümlülükleri ise, ihlal edilen hakkın niteliğine bağlı olarak belirlenmektedir. İslam hukukçuları, zimmîlerin kul haklarına ilişkin düzenlemelerden bütünüyle sorumlu oldukları hususunda hemfikirken; onların Allah hakkına ilişkin düzenlemelerden ne derece sorumlu oldukları konusunda farklı

¹³⁹ Adalet/evrensellik ilkesinin uygulanabilmesi için öngörülen şartlar: 1) Fâil, fiili işlediği sırada yabancı olmalıdır. 2) Mağdur, fiilin işlendiği sırada yabancı bir kişi veya yabancı bir devlet olmalıdır. 3) Suç, TCK 13 üncü maddede belirlenen suçların -324. dipnotta belirlenen suçlar- dışında olmalıdır. 4) suça öngörülen ceza, en az hapis cezası olmalı ve aşağı sınırı üç yıldan az olmamalıdır. 5) Fâil, Türkiye’de bulunmalıdır. 6) Adalet bakanının istemi bulunmalıdır. 7) Suçluların geri verilmesi mümkün olmamalıdır. Bkz. Hakeri, *Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları*, 52; Demirbaş, 164.

görüşler ortaya koymuşlardır. Hasan b. Ziyâd (ö.204/819) ve İbn Hazm (ö.456/1063) dışındaki İslam hukukçularına göre, zimmîler, içki içmeye ilişkin yasak hükmünden sorumlu değildirler.¹⁴⁰ Buna göre, çoğunluğun görüşü esas alındığında, zimmî bir kimsenin İslam ülkesinde içki içmesi, suç olarak değerlendirilmez ve bunun bir sonucu olarak mağduriyetten bahsedilemez. Zina fiilini suç olarak düzenleyen yasak hükmü konusunda ise, Hanefîler¹⁴¹, Şafiîler¹⁴² ve Hanbelîlerin¹⁴³ görüşü, zimmîye zina haddinin uygulanacağı yönünde iken; Mâlikîler zimmîye zina haddinin uygulanmayacağını belirtmektedirler.¹⁴⁴ Ancak Şâfiîler, zimmînin, söz konusu fiili Müslümanla birlikte işlemesi halinde had cezasının gerekeceği, aksi halde had cezasının gerekmeyeceği, ayrıca suçun İslam toplumuna zarar verecek şekilde işlenmiş olmasına bağlı olarak zimmet akdinin feshine karar verileceği şeklinde görüş belirtmişlerdir.¹⁴⁵ Kazf ve hırsızlık suçlarında ise, bütün İslam hukukçularına göre zimmîler, bu suçlara ilişkin yasak hükmüne uymakla yükümlüdürler.¹⁴⁶ Zimmîlerin İslam Ceza Hukuku normları karşısındaki yükümlülükleri açısından genel bir değerlendirme yapmak gerekirse; onların, kul haklarına ilişkin düzenlemelerle, birkaç istisna dışında Allah haklarına ilişkin düzenlemelere de uymak zorunda oldukları söylenebilir. İslam ülkesinde geçici olarak bulunan müste'minlerin İslam Ceza Hukuku normları karşısındaki durumları ise, zimmîlerden farklıdır. Ancak bu farklılık, daha çok Allah hakkı olarak düzenlenen hakların ihlali açısındanadır. Kul haklarına ilişkin düzenlemelerde, müste'minlerin, bu düzenlemelere uymakla yükümlü oldukları konusunda İslam hukukçuları arasında herhangi bir görüş ayrılığı yoktur.¹⁴⁷ Allah hakkına ilişkin düzenlemelerde ise, İslam hukukçuları, farklı görüşler ortaya koymuşlardır. Ebû Yûsuf (ö.182/798) dışındaki Hanefîlere göre, geçici bir süre İslam ülkesinde bulunan müste'min, kazf haddine ilişkin yasak hükmü dışındaki düzenlemelere uymakla yükümlü değildir.¹⁴⁸ Allah ve

¹⁴⁰ el-Mâverdi, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XIII, 327; İbn Hazm, Ebû Muhammed Ali b. Ahmed b. Said, *el-Muhallâ bi'l-Âsâr*, I-XII, Tahkik: Abdulgaffar Süleyman, Dâru'l-Fikr, Beyrut ty., XII, 376; el-Kâsânî, IX, 214; İbn Cuzeyy, 353; el-Buhûtî, VI, 91; el-Huraşî, VIII, 108.

¹⁴¹ el-Kâsânî, IX, 189.

¹⁴² el-Mâverdi, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XIII, 328; *en-Nevevî, Ravdatu't-Tâlibîn*, VIII, 414.

¹⁴³ el-Buhûtî, VI, 91.

¹⁴⁴ el-Huraşî, VIII, 75.

¹⁴⁵ el-Mâverdi, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XIII, 327.

¹⁴⁶ Sahnûn, IV, 493; el-Mâverdi, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XIII, 328; el-Buhûtî, VI, 91; el-Huraşî, VIII, 102.

¹⁴⁷ eş-Şâfiî, XV, 314; Sahnûn, IV, 493; el-Mâverdi, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XIII, 330; el-Kâsânî, IX, 188; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 431; *en-Nevevî, Ravdatu't-Tâlibîn*, VIII, 118; el-Huraşî, VIII, 86.

¹⁴⁸ İbnu'l-Humâm, V, 107; el-Kâsânî, IX, 188.

kul hakkının birlikte ihlali anlamına gelen hırsızlık suçunda ise müste'min sadece tazminle yükümlüdür.¹⁴⁹ Ancak burada önemle belirtmemiz gerekir ki, tespitine çalıştığımız husus, hak ihlallerine öngörülen cezaların türü ve miktarı değil, ihlalin yaptırma konu ediliyor olup olmamasıdır. Bu bağlamda önemli olan, müste'minin işlediği suça had ya da tazmin cezalarından hangisinin öngörülüyor olması değil, işlenen fiilin/suçun mağduriyete sebebiyet veriyor olmasıdır. Ebû Yûsuf'a göre ise müste'min, içki içme haddine ilişkin yasak hükmü dışında diğer bütün düzenlemelere uymakla yükümlüdür.¹⁵⁰ Şâfiîlere göre ise, müste'min, eman sözleşmesinde şart koşulmadığı sürece sırf Allah hakkı olarak düzenlenen yasak hükümlerine uymakla yükümlü değildir.¹⁵¹ Hanbelîlere göre ise, müste'minlere had cezaları uygulanmaz, ancak Müslüman bir kimseyle zina etmeleri ya da Müslümanların mallarına zarar vermeleri durumunda cezasız bırakılmazlar.¹⁵² Müste'minler konusunda Mâlikîlerin görüşü ise, hırsızlık ve kazf suçlarına ilişkin düzenlemelerde İslam Ceza Hukuku normlarına uymakla yükümlü oldukları yönündedir.¹⁵³

İslam Ceza Hukuku normlarının yer bakımından geçerliliği bağlamında söz konusu edilebilecek bir diğer sistem de *yarı mülkîlik* sistemidir. Ancak bu sistemin geçerliliği, Türk Ceza Hukukundaki uygulamalardan farklı olarak, ceza uyuşmazlığının taraflarının (suçlu ve mağdur) her ikisinin de Müslüman olmaları durumunda mümkündür. Türk Ceza Hukukundaki ilkeler esas alındığında, İslam Ceza Hukukunda yarı mülkîlik sistemi, fâile göre şahsîlik ve mağdura göre şahsîlik sistemlerinin bir arada uygulanmasını ifade etmektedir. Hanefîler dışındaki İslam hukukçularına göre, bir Müslümanın İslam ülkesi dışında, İslam Ceza Hukuku normları karşısındaki sorumlulukları, mülkîlik sistemi çerçevesinde belirlendiği şekliyledir.¹⁵⁴ Bir diğer ifadeyle, Müslüman kimsenin İslam ülkesinde sorumlulukları neyse, İslam ülkesi dışındaki sorumlulukları da odur. Hanefîlere göre ise, Müslüman bir kimsenin İslam ülkesi dışında, İslam Ceza Hukuku normları karşısındaki sorumluluğu, diyet ve tazminata ilişkin düzenlemelerle sınırlıdır.¹⁵⁵ Müslüman bir kimse, İslam ülkesi dışında yine Müslüman bir kimseyi öldürse ya da malını çalsa,

¹⁴⁹ el-Kâsânî, IX, 296.

¹⁵⁰ el-Kâsânî, IX, 188.

¹⁵¹ eş-Şâfiî, XV, 314.

¹⁵² El-Buhûtî, VI, 91.

¹⁵³ Sahnûn, IV, 493; el-Huraşî, VIII, 86.

¹⁵⁴ eş-Şâfiî, XII, 120; Sahnûn, IV, 546; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 336.

¹⁵⁵ el-Kâsânî, IX, 520; İbnu'l-Humâm, V, 268.

kıyas ve hadde değil, sadece diyet ve tazminata hükmedilir. Buna göre Hanefiler dışındaki İslam hukukçularının görüşleri esas alındığında Müslüman bir kimsenin İslam ülkesi dışında, yine Müslüman bir kimseye karşı işlediği suç dolayısıyla mağduriyetten bahsedilebilirken; Hanefilere göre ise, sadece diyet ve tazminata konu olan suçlarda mağduriyetten bahsedilebilmektedir.

Özetle ifade etmek gerekirse, ceza hukuku normlarının ihlali sebebiyle mağduriyetin ortaya çıkışı, öncelikle ceza normlarının yer bakımından geçerliliğine bağlıdır. Bu bağlamda İslam Ceza Hukukunda mağduriyetten bahsedilebilmesi ve mağdur nitelemesinin yapılabilmesi, İslam hukukçularının, ceza normlarının yer ve kişi bakımından geçerliliğine ilişkin ortaya koydukları görüşler ve bu görüşler çerçevesinde şekillenen ilkelerin tespitiyle mümkündür.

İKİNCİ BÖLÜM

MAĞDURUN BELİRLENMESİ ve MAĞDURUN RIZASI ile SIFATINA BAĞLANAN HUKUKÎ SONUÇLAR

A. MAĞDURUN BELİRLENMESİ

1. Kısas ve Diyet Gerektiren Suçlarda Mağdur

a. Hayata Karşı İşlenen Suçlarda Mağdur

Ceza hukukunda mağdurun ve mağduriyetin sınırlarının tespiti, ceza normlarının var oluş gerekçesi olan hukukî değerlerin tespitiyle mümkündür. Zira her bir ceza normu, ait olduğu hukuk düzenince korunan bir varlık ve menfaatin, yine aynı hukuk düzeninin öngördüğü çerçevede korunması amacıyla uygun olarak vazedilmiştir. Bu bağlamda gerek İslam Ceza Hukuku açısından gerekse Türk Ceza Hukuku açısından hayata karşı işlenen suçların mağdurunun ve bu suçlardan zarar görenlerin tespiti, bireyin can güvenliğinin/hayat hakkının ve varlığı hayat hakkına bağlı olan medenî hakların hangi durumlarda hukuken korunmaya değer görülen bir nitelik taşıdığının belirlenmesiyle mümkündür. İslam Ceza Hukuku açısından mağdurun tespiti için, kişinin hayat hakkının hukukî bir değer ifade edip etmemesine göre katl fiilinin farklı türlerini (el-katlü'l-vacip, el-katlü'l-mübah, el-katlü'l-haram vb.) incelemek ve hangi durumlarda maktûlün kanının heder sayılacağını tespit etmek gerekmektedir. Ceza normlarının yer ve kişi bakımından uygulanmasına ilişkin görüşlerin, mağduriyetin tespitinde nasıl değerlendirileceğini ve ne tür farklılıklar ortaya çıkardığını tespit etmek, mülkîlik ve şahsîlik sistemlerinin mağduriyetle ilişkisini ortaya koymak açısından önemlidir. Diğer taraftan ceza sorumluluğunu düşüren hukuka uygunluk sebeplerinin(maktûlün rızası, meşru müdafaa vb.) hayata karşı suçlarda geçerlilik alanı ile geçerlilik şartlarının ele alınması, söz konusu sebeplerin mağduriyetle ilişkisini tespit için açıklayıcı olacaktır.

İslam Ceza Hukukunda katl suçları, genel olarak *hukuka aykırı olan katl* ve *hukuka uygun olan katl* şeklinde mütalaa edilmekle birlikte, bazı İslam hukukçuları katli, hukuka aykırılık ve hukuka uygunluk yönünden beş kısma ayırmaktadırlar: haram olan katl, vacip olan katl, mübah olan katl, mendup olan katl ve mekruh olan

katl.¹⁵⁶ Haram olan katl(el-katlü'l-haram), hayat hakkı ceza normlarınca korunan kişiye(ma'sumu'd-dem) karşı düşmanca işlenen cürmü ifade eder. Hanefîlere göre, İslam beldeinde yaşayan Müslümanlar, zimmîler ve müste'minler bu sıfatı(ma'sumu'd-dem) taşıyabilirken,¹⁵⁷ yani katl suçunun mağduru olabilirken; diğer imamlara göre, Müslüman bir kimse küfür beldeinde de olsa, hayat hakkı hukukî bir değer ifade eder ve söz konusu fiil kendisine karşı işlendiğinde katl suçunun mağduru olur.¹⁵⁸ Vâcip olan katl, tevbe etmediğinde mürtedin, eman almadığında harbînin, evli zinakârın, devlete karşı isyan edenin(ehlü'l-bağy), işlediği suçla orantılı olarak yol kesip adam öldürmesi durumunda eşkıyanın ve hayat hakkı güvencede olan kişiye veya ırzına geçmek amacıyla bir kadına saldıran kişinin(canın ve namusun korunması/meşru müdafaa amacıyla), katlidir.¹⁵⁹ Mübah olan katl, kısas cezasını gerektiren katl cürmünü işleyen suçlunun(mağdurun velileri/veliiyyü'd-dem tarafından öldürülmesi) ve esir alınanın öldürülmesidir. Mendup olan katl, bir Müslümanın savaş meydanında düşman saflarında yer alan bir akrabasını Allah'a veya Hz. Peygamber'e sövmesi halinde öldürmesidir. Mekruh olan katl ise, harp halindeki bir Müslümanın düşman saflarında olup Allah'a ve Resulü'ne küfretmeyen yakınını öldürmesidir.¹⁶⁰

İslam Ceza Hukukunda kişinin hayat hakkının dokunulmazlığı, o kişinin Müslüman olması veya eman sahibi olmasıyla mümkündür.¹⁶¹ Bu temel esasa göre zimmîler ve müste'minler dışında bütün gayr-i müslimlerin hayat hakkı, İslam Ceza Hukuku normlarınca hukukî bir değer ifade etmez ve bu kimselerin dokunulmazlıkları da yoktur. Bu esastan farklı olarak Müslüman ve eman sahibi bir kimsenin, ölüm cezasını gerektirecek bir cürüm işlemesi halinde de hayat hakkının dokunulmazlığı kalkar ve o kişinin öldürülmesi bazen vacip/zorunlu(mürted, bâği, cana ve ırza haksız olarak saldıranın öldürülmesi gibi.), bazen de mübah/hukuka uygun (katl suçunu işleyen bir kimsenin, mağdurun velileri tarafından öldürülmesi gibi.) olur. Ancak bahsedilen durumlarda, dokunulmazlığı olmayan ya da işlediği bir suç sebebiyle dokunulmazlığı kalkan kimselerin öldürülmesi, bazen devlet

¹⁵⁶ el-Matûrî, Feyhan Şali Atik, *el-Kıyas fi'n-Nefs fi's-Şer'ati'l-İslâmiyye*, by. 1999, 45–47; Zuhayli, Vehbe, *el-Fikhu'l-Mâliki'l-Muyesser*, I-IV, Dâru'l-Kelimi't-Tayyib, Dımaşk 2002, III, 497.

¹⁵⁷ el-Kâsânî, X, 246.

¹⁵⁸ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IX, 336.

¹⁵⁹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IX, 337.

¹⁶⁰ el-Matûrî, 48.

¹⁶¹ eş-Şirbînî, V, 229; el-Huraşî, VIII, 4.

başkanının bir görevi(mürted ve isyancının öldürülmesi gibi) bazen de belli kişilerin hakkıdır(haksız yere öldürülen bir kimsenin yakınlarının kâtili/suçluyu öldürmeleri gibi). Söz konusu yetki ve hakka sahip olmaksızın bir kimsenin, devlet başkanının yetki alanını ihlal ederek, dokunulmazlığı kalkmış bir kimseyi öldürmesi durumunda ise, cana karşı işlenmiş bir suçtan değil, devlet otoritesini ihlal eden bir suçtan bahsedilir. Bu durumda hayat hakkı ihlal edilen kişinin mağduriyetinden değil, devletin mağduriyetinden bahsedilebilir. Zira söz konusu durumlarda kâtil, cana karşı işlenen suçlara öngörülen aslî cezalar veya malî yaptırımlarla değil, devlet otoritesini ihlal ettiği için devlet başkanı tarafından ta'zîr cezası ile cezalandırılır. Mübah olan katl açısından ise, kâtilin hayat hakkının dokunulmazlığının kalkması nisbî olup sadece mağdurun velilerine ait bir hak olarak ortaya çıkar ki, bu hakka sahip olmayan bir kimsenin kâtili öldürmesi durumunda kasten öldürme suçu işlenmiş olur.¹⁶² Zira söz konusu durumda, kısas hakkına sahip olan kimselerin/mağdurun velilerinin kısas yerine diyeti tercih etme ve kâtili affetme ihtimalleri vardır. Hayata karşı işlenen suçlarda mağduriyetin tespitine ilişkin yaptığımız bu genel açıklamalardan sonra, hayat hakkı dokunulmazlığının kalktığı durumları ayrı ayrı ele almamız ve bu durumların İslam Ceza Hukuku açısından mağduriyetle ilişkini ortaya koymamız gerekmektedir.

İslam Ceza Hukuku normlarına göre, hayat hakkı olmayanların başında harbî gelir.¹⁶³ Harbînin, İslam devletinden eman almaksızın veya vatandaşı bulunduğu devletle İslam devleti arasında hayat hakkını güvence altına alan bir anlaşma olmaksızın İslam ülkesine girmesi halinde kanı mübahtır ve öldürülmesi durumunda katl suçunun mağduru olamaz. Ayrıca İslam ülkesinde eman ve anlaşma ile dokunulmazlık hakkına sahip olan gayr-i müslimler de, emanın sona ermesi ve anlaşmanın bozulması ile dokunulmazlık haklarını kaybederler ve öldürülmeleri durumunda bu suçun mağduru olamazlar.¹⁶⁴ Harbîlerin harp meydanında veya harp meydanı dışında meşru müdafaadan dolayı öldürülmeleri halinde, kâtile hiçbir ceza uygulanmazken; söz konusu durumların dışında haklı bir gerekçe olmaksızın öldürülmeleri halinde ise, bu fiilin fâiline ta'zîr cezası uygulanır. Bu durumda hayat

¹⁶² Zeydan, Abdülkerim, *el-Kısâs ve'd-Diyât fi's-Şer'ati'l-İslâmiyye*, Muessesetu'r-Risâle, Beyrut 1998, 69.

¹⁶³ el-Kâsânî, X, 246; en-Nevevî, *Ravdatu't-Tâlibîn*, VIII, 115; İbn Muflih, VII, 211; el-Buhûtî, V, 521.

¹⁶⁴ el-Kâsânî, X, 246; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IX, 348; eş-Şirbinî, V, 229; el-Hurâşî, VIII, 4.

hakkını ihlal eden bir suçtan değil, devlet otoritesini ihlal eden bir suçtan bahsedilir ki, bu suçun mağduru da İslam devleti olmaktadır. Çünkü bahsedilen şekilde İslam ülkesine giren harbînin esir alınması veya öldürülmesi devlet başkanının veya onun görevlendirdiği kişilerin yetkisi dâhilindedir.¹⁶⁵

İslam Ceza Hukuku normlarına göre, Müslüman bir kimsenin İslam dinini terk ederek bir başka dini seçmesi/irtidat etmesi de, o kişinin masumiyetini kaldırır ve kanı heder olur.¹⁶⁶ İslam hukukçuları irtidat suçunun gerçekleşmesine ilişkin şartları, bir takım ihtilaflar olmakla birlikte, suçlunun akıllı olması ve söz konusu fiili isteyerek yapması olarak tespit etmişlerdir. Hanefîler, aklî düşünme yeteneğini yok eden sarhoşluk durumunda bir kimsenin dinden çıktığını söylemesi halinde, söz konusu suçun meydana gelmeyeceğini savunurken;¹⁶⁷ Şâfiî ve Hanbelîler ise, sahabenin, sarhoş olduğu halde bir kimseye kazf haddini uyguladığını delil göstererek irtidat suçunun gerçekleşeceğini, ancak suçlunun kendine geldikten üç gün sonra kanının heder olacağını ve öldürülebileceğini savunmaktadırlar. Zira belirtilen süre içerisinde suçluya tövbe teklif edilmesi vacip olup, suçlunun suçunda ısrar etmesi halinde hayat hakkı dokunulmazlığı kalkar.¹⁶⁸ Bahsedilen ihtilafın hayata karşı işlenen suçların mağdurunu tespitte ortaya çıkardığı sonuç şudur: Sarhoş olduğu halde irtidat eden ve irtidat ettiği gerekçesiyle öldürülen kimse Hanefîlerce esas alınan görüşe göre, katl suçunun mağduru olurken; çoğunluğun görüşüne göre ise, sarhoşluk halinin geçmesi beklenmeden ve kendisine tövbe teklif edilmeksizin öldürülmesi durumunda katl suçunun mağduru olabilmektedir. Kişinin kendine gelip üç gün geçtikten ve kendisine tövbe teklif edildikten sonra öldürülmesi, kasten katl suçunu oluşturmaz ve dolayısıyla öldürülen kimse de katl suçunun mağduru olmaz. Ancak kâtil devlet başkanına ait olan bir yetkiyi kullandığı gerekçesiyle ta'zîren cezalandırılır.¹⁶⁹ Burada İslam hukukçularının çoğunluğu, Hanefî hukukçuların hilafına, sarhoş kimsenin fiiline hukukî bir sonuç bağlamaktadırlar.

İrtidat suçunun şartlarına ilişkin bir diğer ihtilaf sebebi de, söz konusu fiili işleyen kişinin bâliğ (ergenlik çağına gelmiş) olup olmaması hususundadır. İslam

¹⁶⁵ el-Huraşî, VIII, 4.

¹⁶⁶ el-Kâsânî, X, 246; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IX, 348; en-Nevevî, *Ravdatu't-Tâlibîn*, VIII, 115; İbn Muflih, VII, 211; eş-Şirbinî, V, 229; el-Buhâtî, V, 521.

¹⁶⁷ el-Kâsânî, IX, 526.

¹⁶⁸ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 99; eş-Şirbinî, V, 436.

¹⁶⁹ Zeydan, *el-Kısâs ve'd-Diyât fi's-Şerîati'l-İslâmiyye*, 67.

hukukçularının çoğunluğuna (Mâlikîler, Hanbelîler, Ebû Hanîfe ve İmâm Muhammed)'e göre, irtidat suçunun meydana gelmesi için, irtidat eden kimsenin mümeyyiz olması yeterli olup bülûğ çağına gelip gelmediği dikkate alınmaz.¹⁷⁰ Ancak bu görüşte olan İslam hukukçuları, bâliğ olmayan mümeyyiz çocuğun fiiline hukukî bir sonuç bağlamakla birlikte, çocuğun ergenlik çağına gelinceye kadar öldürülemeyeceği, yani cezanın infaz edilemeyeceği fikrini benimsemişlerdir.¹⁷¹ Cezaî müeyyide olarak tespit edilen hukukî sonucun, öngörüldüğü şekliyle belirli bir süre uygulanamayacak olması, suçlunun hayat hakkının henüz devam ettiği ve suçlunun bu süre içinde öldürülmesi durumunda kasten katl suçunun mağduru olacağı anlamına gelmektedir. Şâfiîlere ve Ebû Yûsuf (ö.182/798)'a göre, irtidat suçunun oluşabilmesi için, kişinin bülûğ çağına gelmiş olması gerekli olup, mümeyyiz bile olsa çocuğun söz konusu suça ilişkin tasarrufuna hukukî sonuç bağlanmaz ve eğer çocuk öldürülürse katl suçunun mağduru olur.¹⁷²

Şâfiî hukukçuların bir kısmı, -Hanefî ve Hanbelî hukukçuların görüşlerine paralel olarak-¹⁷³ Müslüman veya zimmî olmasına bakılmaksızın mürtedi öldüren kimseye kısas, diyet ve kefaret gerekmeyeceği fikrini savunurken, bir kısmı ise, mürtedi öldürmesi durumunda zimmîye kısas cezasının uygulanması gerektiğini savunmaktadırlar.¹⁷⁴ Kâtilin Müslüman veya zimmî olması arasında fark olduğunu benimseyen Şâfiî hukukçuların görüşleri esas alındığında, zimmînin fiiline öngörülen yaptırımın (cezaî yaptırım/kisas) niteliğinden de anlaşılabacağı üzere, zimmî mürtedi haksız yere öldürmüş olup katl suçundan sorumlu tutulur ki, bu da öldürülen mürtedin katl suçunun mağduru olduğu anlamına gelir.

İslam Ceza Hukukunda kişinin dokunulmazlığını kaldıran sebeplerden biri de, kişinin evli olduğu halde zina suçunu işlemesidir.¹⁷⁵ İslam hukukçularının çoğunluğuna göre, evli olduğu halde zina eden kimseyi öldüren kişiye kısas ve diyet cezası yoktur. Zira zina suçu, toplum menfaatini ihlal eden ve bu ihlale öngörülen

¹⁷⁰ el-Kâsânî, IX, 526; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 85; el-Hurâşî, VIII, 62.

¹⁷¹ el-Kâsânî, IX, 533; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 89; er-Râfiî, Ebû'l-Kâsım Abdülkerim b. Muhammed b. Abdülkerim el-Kazvinî, *el-Azîz Şerhu'l-Vecîz* ("eş-Şerhu'l-Kebîr" olarak bilinir), I-XIII, Tahkîk ve Ta'lîk: A. M. Muavvîd ve A. A. Abdulmevcûd, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1997, XI, 107; el-Hurâşî, VIII, 62.

¹⁷² el-Kâsânî, IX, 526; eş-Şirbinî, V, 432.

¹⁷³ el-Kâsânî, X, 246; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IX, 348.

¹⁷⁴ en-Nevevî, *Ravdatu't-Tâlibîn*, VIII, 115; eş-Şirbinî, V, 229. Ayrıca bkz. Zeydan, *el-Kısâs ve'd-Diyât fi's-Şerâti'l-İslâmiyye*, 67.

¹⁷⁵ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IX, 348; İbn Muflih, VII, 211; el-Buhûtî, V, 521.

ceza yaptırımının Allah tarafından belirlendiği suçlardandır. Hadlerin tatbiki ve kötülüğün ortadan kaldırılması amacına yönelik olarak, zina suçunu işleyen kişilerin öldürülmesi vacip kabul edilmiştir. Ancak bu vücutbiyet/zorunluluk devlet başkanının yükümlülüğünü ifade eder. Devlet başkanı dışında bir kimsenin evli zinakârı öldürmesi durumunda, söz konusu fiil devlet başkanının yetki alanına bir müdahale kabul edilerek ta'zîr cezası öngörülse de kişi, öldürme suçundan sorumlu tutulmaz.¹⁷⁶ Şâfiî mezhebindeki bazı İslam hukukçularına göre ise- ki bunların görüşleri tercih edilen görüş değildir- evli zinakârı öldüren kişi, kendisinin hakkı olmayarak bir başkasını öldürmüştür ve kısasen cezalandırılması gerekir.¹⁷⁷ Bu görüşte olan İslam hukukçuları, evli zinakârı devlet başkanından başka birinin öldürmesini, katl suçunu işleyen kimsenin kanının sadece mağdurun/maktûlün velileri için mübah olması (nisbî mübahlık) gibi değerlendirirler.¹⁷⁸ Söz konusu suç, sadece devlet otoritesini ihlal kabul eden ve ta'zîre hükmeden görüş ise, hadlerde af ve sulhun geçerli olmayıp, suç sabit olduktan sonra zinakârın kanının mübahlığının nisbî olmadığını ve infazının vacip olduğunu kabul ederler.

İslam Ceza Hukukunda haklı olarak yapılan öldürmelerden biri de, herhangi bir kimsenin başka bir erkeği, eşi ile zina eder vaziyette yakalayıp öldürmesi durumudur. Böyle bir durumda zinakâr erkeğin kanı hederdir¹⁷⁹ ve İslam hukukçularının ittifakı ile kâtile kısas ve diyet gerekmez.¹⁸⁰ Ancak öldürme fiilinin haklılığını ortaya koymak için, vuku bulduğu iddia edilen zina suçunun, mağdurun velileri tarafından itiraf edilmesi gerekir.¹⁸¹ Aksi durumda kâtilin dört şâhit getirmesi gerekir. Dört şâhit getirememesi durumunda ise, kâtile kısas cezası uygulanmaz, fakat diyete hükmedilir.¹⁸² Kadının öldürülmesinde ise, kadının zina suçunu rızaen işleyip işlemediğine bakılır ve söz konusu fiile zorlandığı ortaya çıkarsa, suçlu kasten

¹⁷⁶ el-Huraşî, VIII, 4. Ayrıca bkz. Zeydan, *el-Kısâs ve'd-Diyât fi's-Şer'ati'l-İslâmiyye*, 69; Abdülazîz, Emîr, *el-Fıkhu'l-Cinâî fi'l-İslam*, Dâru's-Selâm, Filistin 1997, 43.

¹⁷⁷ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IX, 348; eş-Şirbinî, V, 229.

¹⁷⁸ en-Nevevî, Muhyiddîn Yahyâ b. Şeref Ebî Zekeriyâ, *Kitâbu'l-Mecmû' Şerhu'l-Muhezzeb li's-Şîrazî*, I-XXIII, Tahkîk: Muhammed Necib el-Matî, Mektebetü'l-İrşâd, Cidde ty., XX, 276.

¹⁷⁹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IX, 337.

¹⁸⁰ Zuhayli, III, 497.

¹⁸¹ eş-Şâfiî, XII, 100.

¹⁸² Kâtilin(kocanın) dört şâhit getirememesi durumunda diyete hükmedileceği, Hz. Ali'den yapılan bir rivayete dayandırılmaktadır: Hz Ali'ye, her hangi bir kimsenin, evine girdiğinde hanımını bir başka erkekle birlikte yakalarsa ve sonra da her ikisini katlederse durumunun ne olacağı sorulduğunda, dört şâhit getirememesi durumunda öldürülen kişinin diyetini ödemesi gerektiği belirtmiştir. Bkz. İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IX, 337.

katl suçundan sorumlu tutulur ve dolayısıyla kadın kasten katl suçunun mağduru olur.¹⁸³ Aksi durumda ise, kadının kanı da hederdir ve öldürülmesi durumunda kocaya herhangi bir ceza ve hukukî yaptırım öngörülemez.

İslam Ceza Hukukunda hayat hakkı dokunulmazlığının kalkma sebeplerinden biri de, yeryüzünde fesat çıkarma ve yol kesip insanların mallarını yağmalama/hirâbe suçudur.¹⁸⁴ Esasen eşkıyalık/hirâbe suçunu işleyen kimseler, katli gerektirecek bir suç işlemeleri sebebiyle kanı heder olan kimselerdir. Hirâbe suçunu işleyen kimsenin hangi durumlarda hayat hakkı dokunulmazlığının kalktığı ve öldürülmesi durumunda katl suçunun mağduru olamayacağının tespiti, söz konusu suçun meydana geliş şekline göre belirlenen cezalardan hareketle mümkündür. İslam hukukçularının çoğunluğu, suç ve cezanın eşit olması gerektiği prensibine bağlı olarak hirâbe suçlarında cezaları, meydana gelen suçlara göre tayin etmektedirler. Buna göre bir kimse/eşkıya öldürür fakat mal almazsa, öldürülür. Öldürmez ama mal alırsa, çapraz bir şekilde el ve ayağı kesilir. Hem mal alır, hem de öldürürse, öldürülür ve asılır. Yol kestiği halde mal almayan ve öldürmeyen kimse/eşkıya bulunduğu yerden başka bir yere sürgün edilir.¹⁸⁵ İmâm Mâlik (ö.179/795)'e göre ise, söz konusu suçlara verilecek cezalarda orantılılık ilkesi değil, toplumun menfaatinin sağlanması ve fesadın defedilmesi ilkesi esas alınmalıdır. Bu bağlamda hirâbe suçuna öngörülecek cezaları belirleme yetkisi devlet başkanına aittir. Ancak devlet başkanı bu yetkisini, suçlu lehine cezayı hafifletici bir şekilde kullanamaz. Buna göre yol kesen kimse sadece yolcuları korkutmuşsa veya sadece mal alıp kimseyi öldürmemişse devlet başkanı öldürme, asma, el ve ayakları çaprazlama kesme ya da sürgün cezalarından birine hükmedebilir. Suçlunun yol keserek adam öldürmesi durumunda ise, devlet başkanının öldürme cezasından daha aşağı bir cezaya hükmetme yetkisi yoktur.¹⁸⁶ İslam hukukçularının hirâbe suçuna öngördükleri cezalar esas alınarak işlediği suç sebebiyle öldürülen kimsenin katl suçunun mağduru olup olamayacağı şu şekilde belirlenebilmektedir: Çoğunluğun görüşü dikkate alındığında, söz konusu suçun öldürme cezasını gerektirecek şekilde gerçekleşmesi, suçun meydana geliş anından

¹⁸³ el-Mâverdî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XIII, 241; el-Kâsânî, IX, 187; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 154; el-Huraşî, VIII, 79.

¹⁸⁴ el-Buhûtî, V, 521

¹⁸⁵ el-Mâverdî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XIII, 357–359; el-Kâsânî, IX, 366; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 299; eş-Şirbinî, V, 499.

¹⁸⁶ Sahnûn, IV, 552–553; el-Huraşî, VIII, 104.

itibaren yol kesen kimsenin dokunulmazlığını kaldırır ve işlediği suç sebebiyle öldürülmesi halinde de katl suçunun mağduru olamaz. Bunun dışında suçun, el ve ayakların kesilmesi veya sürgün cezasını gerektirecek biçimde işlenmesi durumunda ise, suçlunun hayat hakkı dokunulmazlığı kalkmaz ve öldürülmesi durumunda katl suçunun mağduru olur. İmâm Mâlik'in görüşü esas alındığında, suçun öldürme ile neticelenmesi halinde, suçun meydana geldiği andan itibaren suçlunun hayat hakkı dokunulmazlığı kalkarken, sadece mal alma veya korkutma şeklinde işlenmesi durumunda ise, devlet başkanının söz konusu suça ölüm cezası takdir ettiği andan itibaren suçlunun masumiyeti kalkar. Buna göre her kim devlet başkanının hirâbe suçuna ilişkin hükmünden önce muharibi/eşkıyayı öldürecek olursa, bu kimse öldürme suçundan sorumlu olur ve öldürülen eşkıya da katl suçunun mağduru olur.

Hirâbe suçu işleyen bir kimsenin, devlet başkanı veya onun yetkili kıldığı kimseler tarafından yakalanmadan önce tövbe etmesi halinde, masumiyeti kalkmaz ve öldürülmesi durumunda da katl suçunun mağduru olur.¹⁸⁷ Ancak muharibi öldüren kişi, onun tevbe ettiğini bilmeyerek onu öldürdüyse hataen öldürme suçundan sorumlu olur ve maktûlün/mağdurun diyetini öder. Suçlunun tevbe etmesi, kendisinden had cezasını düşürmekle birlikte ceza sorumluluğuna etki etmez ve suçlu ya kasten öldürme ya hırsızlık ya da hem öldürme hem de hırsızlık suçundan sorumlu tutulur.¹⁸⁸ Buna göre, kasten öldürme suçundan sorumlu tutulması durumunda yani işlediği suç/hirâbe herhangi bir kimsenin ölümüyle neticelenmişse, hayat hakkının dokunulmazlığı sadece mağdurun/maktûlün velileri açısından kalkmış olup, bunun dışında hukuken korunma niteliği devam etmektedir.

Hirâbe suçunu işlemelerinden dolayı, kendilerine suçun vukuu veya suça ilişkin hükmün belirlenmesi anından itibaren had cezası vacip olan kimselerin, devlet başkanı veya onun yetkilendirdiği kişiler dışında başka kişiler tarafından öldürülmeleri durumunda, kasten öldürme suçundan değil, devlet otoritesini ihlal eden bir suçtan bahsedilir ki, bu da maktûlün/eşkıyanın değil, devletin mağduriyetini ifade eder.¹⁸⁹

İslam Ceza Hukukunda kişinin hayat hakkını hukukî bir değer olmaktan çıkaran bir diğer sebep ise, mevcut siyasi otoriteye (devlet başkanına) karşı, girişilen

¹⁸⁷ el-Kâsânî, IX, 374; eş-Şirbinî, V, 503; el-Buhûtî, V, 522.

¹⁸⁸ el-Kâsânî, IX, 374.

¹⁸⁹ Udeh, I, 468.

isyan/bağy suçudur.¹⁹⁰ İsyân girişiminde bulunan suçluların hangi durumlarda can ve mal güvenliği dokunulmazlıklarının kalktığı konusunda İslâm hukukçuları farklı görüşlere sahiptirler. İslâm hukukçularının çoğunluğuna göre, isyancıların kanının mübah olabilmesi için, isyancıların devlet başkanıyla uzlaşmayı reddetmeleri ve fiilî şiddet eylemine başvuracaklarından korkulması gerekir.¹⁹¹ Bu bağlamda cumhur, söz konusu suç gerekçesiyle bâğîlerin/isyancıların öldürülebilmelerini, suçun meydana gelme şartlarının¹⁹² yanında uzlaşma imkânının bulunmaması ve toplumunda karışıklığa sebep olacak fiilî bir saldırı endişesinin varlığına bağlamıştır. Ebû Hanîfe (ö. 150/767)'ye göre ise, isyancıların bir araya gelerek mevcut düzenin öngördüğü hukukî yükümlülükleri yerine getirmekten kaçınmaları durumunda, hayat hakkı dokunulmazlıkları kalkar ve öldürülmeleri halinde, mağdur olarak nitelendirilemezler ve kâtil de öldürme suçundan sorumlu tutulamaz.¹⁹³ Zira söz konusu durumda, isyancıların kanı hederdir. Fiilî çatışma esnasında, isyancıların kanı isyanı bastırabilecek kadarıyla mübahdır. İsyân sona erdikten ve isyancılar da silahlarını bırakıp teslim olduktan sonra artık canları ve malları mübah olmaktan çıkar. Ancak esirlerin öldürülmesi ve ağır yaralıların ölüme terk edilip edilememesi hususunda İslâm hukukçuları ihtilaf etmişlerdir. Hanefîler, ele geçirilen isyancının ta'zîren öldürülebileceği kanaatini taşıırken,¹⁹⁴ diğer İslâm hukukçuları ise, ta'zîr cezasının ölüm cezası olarak tayin edilemeyeceğini savunmaktadırlar.¹⁹⁵ Kısaca ifade etmek gerekirse, isyancının masumiyeti, çoğunluğun görüşüne göre sadece fiilî çatışma anında, Ebû Hanîfe'ye göre ise, bağy suçu için gerekli ön koşulların oluşması durumunda, fiilî çatışma esnasında ve devlet başkanının umumi bir menfaat mülâhaza etmesine bağlı olarak fiilî çatışma sonrasında sona ermektedir. Bahsedilen

¹⁹⁰ el-Matîrî, 45.

¹⁹¹ el-Mâverî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XIII, 102; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 50; er-Remlî, VII, 406; el-Buhûtî, VI, 162; el-Huraşî, VIII, 60.

¹⁹² İslâm hukukçuları bağy suçunun gerçekleşebilmesi için genel olarak şu şartların var olması gerektiğini ifade etmektedirler: a) suç, devlet başkanının azli veya onun başkanlığındaki siyasi otoriteye itaatten kaçınma amacına matuf olmalıdır. b) suç, isyancılarca haklı bir teville dayanmalıdır. c) suç, aynı te'vil ve görüş etrafında birleşen ve belirli bir silahlı güce sahip olan kalabalık bir grup tarafından işlenmelidir. d) isyancılar, ayaklanma kastıyla söz konusu eyleme girişmiş olmalıdırlar. Bkz. Şafak, Ali, "Bağy", Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi, Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 1991, IV, 451–452.

¹⁹³ el-Kâsânî, IX, 545; İbnu'l-Humâm, V, 339.

¹⁹⁴ el-Kâsânî, IX, 545

¹⁹⁵ el-Mâverî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XIII, 120; el-Buhûtî, VI, 164; el-Huraşî, VIII, 62.

durumlar haricinde herhangi bir kimsenin katledilmesi, öldürme suçu kapsamında değerlendirilir ve dolayısıyla öldürülen kişi de katl suçunun mağduru olur.

İslam Ceza Hukukunda herhangi bir kimsenin haksız yere bir başkasını öldürmesi, yani kısasen öldürülme cezasını gerektirecek bir cürüm işlemesi durumunda da hayat hakkı dokunulmazlığı kalkar.¹⁹⁶ Ancak dokunulmazlığının kalkması, sadece mağdurun velileri açısından olup, başkası açısından değildir.¹⁹⁷ Zira İslam Ceza Hukukunda katl suçlarına öngörülen cezaların ve hukukî yaptırımların infazına ilişkin benimsenen genel prensibe göre, söz konusu suç sabit olduktan sonra mağdurun velileri kısas ve diyete hükmedebilecekleri gibi suçluyu tamamen affetme yetkisine de sahiptirler. Suçun sabit olmasından maksat ise, suçun bilfiil meydana gelmesi değil, dava yoluyla kanun koyucunun öngördüğü şekilde ispat edilmiş ve davalı aleyhine hüküm verilmiş olmasıdır. Ancak kâtilin dokunulmazlığı, suça ilişkin hükmün tayiniyle değil, suçun işlendiği andan itibaren kalkmıştır. Buna göre, vukua geldiği iddia edilen katl fiilinin varlığına ilişkin soruşturma ve kovuşturma yapılmadan veya kesin hükümden önce mağdurun velileri katili öldürürlerse, yine de kasten öldürme suçundan sorumlu tutulmazlar ve öldürülen kimse de katl suçunun mağduru olmaz. Zira kanı kendileri için mübah olan bir kimseyi öldürmüşlerdir. Ancak kanun koyucunun kendilerine tanıdığı infaz hakkını, kanun koyucunun öngördüğü şekilde ve zamanda icra etmemeleri sebebiyle, devlet otoritesini ihlal etmiş olurlar ve ta'zîren cezalandırılırlar.¹⁹⁸ Zira kanun koyucu, ceza hukuku normlarına öngörülen cezaların infazında keyfiliği önleme ve suç-ceza dengesinin bozulmasını engelleme maksadıyla, söz konusu suçlara bağlanan cezaların devletin tayin ettiği resmi makamlar gözetiminde uygulanmasını istemektedir. Katledilen kişinin velileri/mirasçıları, velisi oldukları maktûlün öldürüldüğünü kanun koyucunun öngördüğü şekilde ispatlayamamaları durumunda ise, kasten katl suçundan sorumlu tutulurlar ve öldürdükleri kimse de kasten katl suçunun mağduru olur. Kısaca ifade etmek gerekirse, kısasen katl cezasını gerektiren bir suç işleyen kimsenin, mağdurun velileri tarafından ister hâkimin hükmünden önce (suçun öldürmeden sonra ispatlanması şartıyla), ister hâkimin hükmünden sonra

¹⁹⁶ İsra, 17/33: “ bir kimse zulmen öldürülürse onun velisine yetki verdik. Ancak bu veli de kısasta ileri gitmesin, zaten o alacağını almıştır.”

¹⁹⁷ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IX, 356. Ayrıca bkz. Zuhayli, III, 497; el-Matîrî, 47.

¹⁹⁸ en-Nevevî, *Ravdatu't-Tâlibîn*, VIII, 411. Ayrıca bkz. Zeydan, *el-Kısâs ve'd-Diyât fi's-Şer'ati'l-İslâmiyye*, 70.

öldürülmesi halinde, kasten öldürme suçundan bahsedilemez. Ancak söz konusu fiil devlet otoritesini ihlal edici nitelikte olduğu için sadece devlet otoritesine karşı işlenen bir suçtan ve devletin mağduriyetinden bahsedilir.

İslam Ceza Hukukunda hukuka uygunluk sebepleri arasında ele alınan meşru müdafaa hali de, saldırıda bulunan kişinin masumiyetini kaldırır.¹⁹⁹ Meşru müdafaa, kişinin, kendisinin ve bir başkasının canı, malı ve ırzına yapılan bir saldırıyı defetmek amacıyla, özelliği itibariyle suç olan bir fiili işlemesidir.²⁰⁰ Özelliği itibariyle suç olan ancak cana, mala ve ırza karşı yapılan bir tecavüz anında hukuk düzeninin belirli şartlar²⁰¹ çerçevesinde kişiye tanıdığı bu fiil serbestiyeti (meşru müdafaa), ya hukuk düzeninin kullanılmasına izin verdiği bir haktan ya da kişiyi yerine getirmekle sorumlu tuttuğu bir yükümlülüğünden kaynaklanmaktadır.²⁰² Buna göre meşru müdafaa'nın meşruiyet kaynağı, kişiye tanınan bir hak iken saldırıyı defetmenin caiz olmasına karşılık, kişinin yerine getirmekle yükümlü tutulduğu bir görev iken de saldırıyı defetmek vacip/zorunluluk olur.

İslam Ceza Hukukunda meşru müdafaaya konu olan haklar; canın, malın ve ırzın korunmasına yönelik haklardır. İslam hukukçularının büyük çoğunluğuna göre, öngörülen şartlar çerçevesinde bir kimsenin kendi canını veya bir başkasının canını savunması vaciptir. Bazı İslam hukukçuları ise, fitnenin yaygın olduğu dönemlerde canı korumanın vacip değil, caiz olduğunu savunmaktadırlar.²⁰³ Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, meşru müdafaanın vacip veya caiz olması, dünyevi açıdan hukukî hiçbir sonuç doğurmadığı için, hayata karşı işlenen suçların mağdurunu tespitinde belirleyici bir husus değildir. Hanefîler dışındaki -Ebû Yûsuf (ö.182/798) hariç- İslam hukukçularına göre, saldırıda bulunan kimsenin cezaî sorumluluğa sahip olup olmaması²⁰⁴ arasında herhangi bir fark yoktur ve öldürülmesi durumunda ise kâtile cezaî veya hukukî hiçbir yaptırım uygulanmaz. Hanefîlere göre ise, saldırıda bulunan kimsenin akıl hastası veya çocuk olması, yani cezaî sorumluluğu olmayan

¹⁹⁹ Zuhayli, III, 497.

²⁰⁰ Dönmezer-Erman, II, 97; Yiğit, Yaşar, “İslam Ceza Hukukuna Göre Meşru Müdafaa Ve Hukukî Sonuçları”, Diyanet İlmi Dergi, C. 39, S. 1, 2003, 39.

²⁰¹ Meşru müdafaanın şartları: 1. saldırının haksız olması, 2. saldırı ve savunmanın aynı zaman diliminde gerçekleşmesi, 3. saldırının başka bir yolla önlememesi, 4. saldırı ve savunma arasında makul bir dengenin bulunması. Yiğit, 41-46.

²⁰² Yiğit, 39.

²⁰³ Çolak, Abdullah, “İslam Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa”, EKEV Akademi Dergisi, S. 19, 2004, 152.

²⁰⁴ Cezaî sorumluluğun olup olmaması, kişinin akıllı olup olmaması veya çocuk olup olmaması arasındaki farka işaret etmektedir.

bir kimse olması halinde, yapılan savunmayı meşru müdafaa olarak değil, bir zorunluluk hali olarak değerlendirmek gerekmektedir.²⁰⁵ Zorunluluk halinde kişinin cezaî sorumluluğu kalkmakla birlikte hukukî sorumluluğu kalkmadığı için,²⁰⁶ zaruret sebebiyle cezaî sorumluluğu olmayan kişiyi öldüren kimse öldürdüğü kişinin diyetini ödemekle yükümlüdür.²⁰⁷ Hanefîlerin görüşü esas alındığında, nefsi savunmak amacıyla cezaî sorumluluğu olmayan bir kimsenin öldürülmesi durumunda öldürme suçundan ve bu suça ilişkin mağduriyetten bahsedilebilir. Burada kâtile cezaî yaptırımın/kızasın uygulanmayıp diyete hükmedilmesi ise, mağdurun/maktûlün kanının heder olduğuyla değil, zaruret halinin cezaî sorumluluğa etkisiyle ilgilidir.

Kişinin ırzına yönelik saldırılarda, meşru müdafaa'nın vacip olduğu, saldırganın masumiyetinin olmadığı ve öldürülmesi durumunda kâtile cezaî veya hukukî bir yaptırım gerekmeyeceği konusunda İslam hukukçuları görüş birliği içindedirler.²⁰⁸

Mala karşı işlenen saldırıyı engelleme veya defetme amacıyla yapılan meşru müdafaa'nın caiz mi, yoksa vacip mi olduğu konusunda İslam hukukçuları farklı görüşlere sahip olmakla birlikte, meşru müdafaa sebebiyle saldırganın yaralanması veya öldürülmesi durumunda fâile cezaî veya hukukî yaptırım uygulanmayacağını belirtmişlerdir.²⁰⁹

Meşru müdafaa'nın hukuka uygunluk sebebi olabilmesi, hukuk düzenin öngördüğü çerçevede olmasıyla mümkün iken, meşru müdafaada öngörülen sınırın aşılması halinde fâil, fiilinden, sınırı aştığı ölçüde sorumlu olur. Bu bağlamda eğer bir kimse, korkutma veya yaralama ile savuşturulabilecek bir saldırıyı, saldırganı öldürerek savuşturursa işlediği fiilden sorumlu olur²¹⁰ ve öldürülen kimse de katl suçunun mağduru olur.

İslam Ceza Hukukunda hayat hakkını ihlal eden suçların mağdurunu tespitite bahse değer görülen hususlardan biri de, mağdurun/maktûlün katle rızasının hayata karşı işlenen suçlarda mağduriyet açısından hukukî geçerliliği ve hukukî sonuçlarıdır. İslam hukukçularının tamamına göre katle rıza kişinin hayat hakkı

²⁰⁵ Çolak, 153.

²⁰⁶ Yiğit, 46.

²⁰⁷ Çolak, 153.

²⁰⁸ Çolak, 154; Yiğit, 48.

²⁰⁹ Çolak, 155.

²¹⁰ Yiğit, 45.

dokunulmazlığını kaldırmaz ve kâtil kanı mübah olan bir kişiyi öldürmüş sayılmayıp öldürme suçundan sorumlu olur. Ancak İslam hukukçuları rızanın hukukî sonuçlarına ilişkin üç farklı görüş ortaya koymuşlardır: 1) Katle rıza fiili mübah hale getirmez ve kâtile kısas gerekir,²¹¹ 2) katle rıza fiili mübah hale getirmez, fakat kâtil diyet ödemekle yükümlü tutulur,²¹² 3) katle rıza fiili mübah hale getirmemekle birlikte kâtile kısas ve diyet gerekmez.²¹³ Mağdurun rızası-hayat hakkına karşı işlenen suçlarda mağduriyet ilişkisi bağlamında kısaca ifade etmek gerekirse, hayata karşı işlenen suçlarda mağdurun rızası konusu, rızanın cezaî sorumluluğa etkisi bağlamında ele alınan bir sorundur. Bu bakımdan katle rızanın, hayat hakkına karşı işlenen suçlarda, mağduriyete olumsuz bir etkisi söz konusu olamaz. Zira hayata karşı işlenen suçlarda *rıza*, suçun unsurlarından biri değildir.

Özetle ifade etmek gerekirse; tam vücut ehliyetine sahip(canlı olarak doğmuş olan), İslam Ceza Hukuku normlarınca hayat hakkı hukukî değer niteliği taşıyan ve hayat sahibi olan her bir insan, cezaî sorumluluk taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın, hayata karşı işlenen suçların mağduru olabilir. Buna göre cenin ve ölmüş bir kişi aleyhine işlenen suçlarda, hayata karşı işlenen suçlardan ve bu suçların meydana getirdiği mağduriyetten bahsedilmez.

b. Vücut Bütünlüğüne Karşı İşlenen Suçlarda Mağdur

İslam Ceza Hukukunda, insan vücuduna karşı işlenen ve ölümle sonuçlanmayan suçlar, vücut bütünlüğüne karşı işlenen suçlar olarak tanımlanmaktadır. Söz konusu suçlar, ya organ veya organ hükmündeki bir uzvun vücuttan tamamen koparılarak ayrılması, ya organların yok edilmemekle birlikte sadece fonksiyonlarının yok edilmesi, ya da vücudun baş ve diğer bölgelerinin yaralanması şeklinde işlenmektedir.²¹⁴ Vücut bütünlüğüne karşı işlenen suçlarda mağdur, söz konusu suçun, genel olarak hayat hakkına karşı işlenen suçlarla birlikte kısas cezasını gerektiren suçlar kapsamında ele alınmasına bağlı olarak -bu suçlara ilişkin yaptırımlar hariç tutulursa- büyük ölçüde hayat hakkına karşı işlenen suçlara

²¹¹ Hanefîlerden İmâm Züfer (ö.158/775) ile Mâlikîler bu görüştedir. Bkz. el-Kâsânî, X, 247; el-Hurâşî, VIII, 5.

²¹² Bu görüş, İmâm Züfer dışındaki Hanefîlerin görüşüdür. Bkz. el-Kâsânî, X, 247.

²¹³ Şâfiî ve Hanbelîlerde yaygın olan görüş bu şekildedir. Bkz. eş-Şirbinî, V, 291; el-Buhûtî, V, 546.

²¹⁴ el-Kâsânî, X, 396. Ayrıca bkz. Dağcı, 50.

ilişkin belirlemeler doğrultusunda tespit edilebilmektedir.²¹⁵ Zira her iki suç tipiyle korunmak istenen hukukî değer(hayat hakkının korunması ve vücut bütünlüğünün korunması), nitelikleri itibariyle sıkı bir ilişki içindedir. Bu sebeple biz, vücut bütünlüğüne karşı işlenen suçların mağdurunu tespit etmeye çalışırken, hayat hakkına karşı işlenen suçlarda, mağdurun tespitine yönelik ortaya koyduğumuz belirlemeleri aynen tekrarlamak yerine, onlara kısaca değinerek, vücut bütünlüğüne karşı işlenen suçlara ilişkin ilave açıklamalarda bulunmaya çalışacağız.

Hayata karşı işlenen suçlarda ifade ettiğimiz şekliyle, İslam Ceza Hukukunda bir kimsenin mağdur olarak nitelendirilebilmesi, o kimsenin hayat hakkının ve vücut bütünlüğünün İslam Ceza Hukuku normlarınca korunan bir değer olmasıyla mümkündür. Mağduriyetin ortaya çıkışının bir ön koşulu olarak, ceza normlarının yer ve kişi bakımından uygulanmasına ilişkin bölümde de ifade edildiği şekliyle, İslam hukukçularının çoğunluğuna göre, kişinin hayat hakkının ve vücut bütünlüğünün hukukî bir değer olarak kabul edilmesi, o kişinin Müslüman veya eman sahibi olmasıyla mümkündür.²¹⁶ Bu bağlamda Müslüman, zimmî veya müste'min, vücut bütünlüğüne karşı işlenen suçların mağduru olabilirken; buna karşılık harbî ve mürted, bu suçların mağduru olamaz. Genel olarak kişi haklarını ihlal eden suçlarda, özel olarak da hayata ve vücut bütünlüğüne karşı işlenen suçlarda mülkîlik sistemini benimseyen Hanefîlere göre ise, mağduriyetin varlığı, öncelikle söz konusu suçun İslam ülkesinde işlenmiş olması koşuluna bağlanmıştır.²¹⁷ Bu bağlamda vücut bütünlüğüne karşı işlenen suçların mağduru, İslam ülkesinde kendisine karşı suç işlenen Müslüman, zimmî veya müste'mindir.²¹⁸ Bununla birlikte Hanefîler, İslam ülkesi dışında Müslüman bir kimsenin yine Müslüman bir kimseye karşı işlediği suçlara, sadece diyet ve tazminat türünden bir yaptırım öngörülebileceğini belirtmektedirler.²¹⁹ Buna göre, İslam ülkesi dışında müessir fiile maruz kalan Müslüman da bu suçun mağduru olabilmektedir. Harbî ve mürtedin dışında, hayata karşı suçlarda da ifade edildiği üzere, muhsan olan zâni, devlete karşı isyan eden bâğî, yol keserek insanların can ve mal güvenliğini tehdit eden muhârib/eşkıya, meşru müdafaa sebebiyle müessir fiile maruz kalan kişi ve işlediği

²¹⁵ el-Kâsânî, X, 399; en-Nevevî, *Ravdatu't-Tâlibîn*, VIII, 145; eş-Şirbinî, V, 253; el-Huraşî, VIII, 14.

²¹⁶ en-Nevevî, *Ravdatu't-Tâlibîn*, VIII, 135; eş-Şirbinî, V, 229; er-Remlî, VII, 278; el-Huraşî, VIII, 4.

²¹⁷ İbnu'l-Humâm, IX, 150.

²¹⁸ el-Kâsânî, X, 246.

²¹⁹ el-Kâsânî, IX, 520.

suç (müessir fiil) sebebiyle mağdur açısından vücut dokunulmazlığı kalkan suçlu da hayata karşı işlenen suçun mağduru olamaz.

Vücut bütünlüğüne karşı işlenen suçlarda mağduriyetin varlığı ve mağdurun belirlenmesi bağlamında ele alınması gereken önemli sorunlardan biri de söz konusu fiile rızanın mağduriyetle ilişkisidir. Hanefîlere göre, vücut bütünlüğüne karşı işlenen suçlarda rızanın varlığı, söz konusu fiilin suç olarak değerlendirilmesi ve fiilin üzerinde gerçekleştirildiği kimsenin de mağdur olarak nitelendirilmesine engeldir. Zira kişinin organları mal hükmünde olduğundan,²²⁰ söz konusu fiilin suç olarak değerlendirilebilmesi, ancak fiilin yöneldiği kişinin rızası hilafına gerçekleştirilmiş olmasına bağlıdır.²²¹ Benzer biçimde Şâfiî ve Hanbelîlerin görüşü de müessir fiile rıza gösteren kişinin mağdur olarak nitelendirilemeyeceği ve fiili işleyen kimseye de hiçbir yaptırımın öngörülemediği yönündedir.²²² Mâlikîlerin görüşü ise, müessir fiile rızanın, sadece fiilin üzerinde işlendiği kişi açısından mağduriyeti ortadan kaldırdığı, buna karşılık toplumun mağduriyetini ortadan kaldırmadığı ve bu sebeple suçluya ta'zîr cezasının uygulanması gerektiği yönündedir.²²³ Kısaca ifade etmek gerekirse, İslam hukukçularının çoğunluğunun, rızaya dayalı olarak işlenen müessir fiillerde mağdurun varlığından bahsedilemeyeceği görüşüne karşılık Mâlikîler, söz konusu koşullarda işlenen suçun mağdurunu toplum olarak belirlemektedirler.

Vücut bütünlüğüne karşı işlenen suçlarda mağdurun belirlenmesine ilişkin bir diğer husus da söz konusu suçta öngörülen aslî ceza ile birlikte ta'zîr cezasının öngörülüp öngörülemediği sorunudur. İmâm Mâlik (ö.179/795)'e göre, vücut bütünlüğüne karşı işlenen suçların aslî cezası, kısas veya diyetle birlikte ta'zîrdir. Bu bağlamda, işlediği fiil sebebiyle kısasen cezalandırılıp cezalandırılmamasına bakılmaksızın, suçlunun ayrıca ta'zîr cezası ile cezalandırılması gerekmektedir. Zira söz konusu suç, bir taraftan suçun üzerinde işlendiği kişinin vücut bütünlüğünü ihlal ederken, aynı zamanda toplumsal bir yararı da ihlal etmektedir.²²⁴ İmâm Mâlik'in görüşünü, suçta öngördüğü yaptırımlar çerçevesinde ele aldığımızda, vücut bütünlüğüne karşı işlenen suçların mağdurunu, suçun üzerinde işlendiği kişi ile birlikte toplum olarak belirleyebiliriz. Ayrıca bir önceki paragrafta ifade edildiği

²²⁰ İbnu'l-Humâm, IX, 170.

²²¹ el-Kâsânî, X, 247 ve 401.

²²² eş-Şirbînî, V, 290; el-Buhûtî, V, 506.

²²³ el-Huraşî, VIII, 5.

²²⁴ Dağcı, 166.

şekliyle, Mâlikîlerin, rızaya bağlı olarak işlenen müessir fiillerde suçlunun ta'zîren cezalandırılması gerektiği şeklindeki görüşleri de²²⁵ bu tespiti doğrular niteliktedir. Diğer İslam hukukçularının görüşü ise, işlediği fiil sebebiyle ister kısasen cezalandırılsın ister mağdur tarafından affedilsin, fâilin ayrıca ta'zîren cezalandırılmayacağı yönündedir.²²⁶ Buna göre, vücut bütünlüğüne karşı işlenen suçların mağduru, yaptırım unsuruna bağlı olarak sadece üzerinde suçun işlendiği kişidir.

c. Cenin Aleyhine İşlenen Suçlarda Mağdur

Cenin aleyhine işlenen suçların varlığı, ceninin hukuk normlarına muhatap olabilme yeteneğiyle ilgilidir. İslam hukukunda kişinin, hayat hakkı hukuken korunan bir varlık olması bağlamında, hukuk normlarına muhatap olma yeteneğini ifade etmek üzere kullanılan *vücub ehliyeti* kavramı, kişinin borçlandırma/ilzam (lehine olan hakların sabit olması) ve borçlanma/iltizam (aleyhine olan hakların sabit olması) yeteneğini göstermektedir.²²⁷ Anne karnında iken lehine bir takım hakların²²⁸ sabit olması sebebiyle cenin, hayat hakkı hukuken korunan bir varlık olma ve dolayısıyla konusu olduğu suçun mağduru olabilme özelliğini taşır. Bu ise, ceninin eksik vücub ehliyetine sahip olduğunu gösterir ki, esasen İslam hukukçuları da cenin lehine sabit olan hakların varlığı sebebiyle ehliyet devrelerini cenin devresi ile başlatmaktadırlar.²²⁹ Türk Medeni Kanununda ise, md. 28/1'de: "Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamen doğduğu anda başlar." denilmekle birlikte, md. 28/2'de de: "Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder." denilmektedir. Buna göre, Türk Medeni Hukukunda cenin, kişi olarak kabul edilmemekte, ancak cenin lehine olan bir takım hakların²³⁰ sabit olacağı kabul edilmektedir.

²²⁵ el-Hurâşî, VIII, 5.

²²⁶ el-Kâsânî, X, 292; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IX, 468. Ayrıca bkz. Dağcı, 166.

²²⁷ Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, I-III, İz Yayıncılık, İstanbul 2001, I, 236.

²²⁸ İslam hukukçuları, cenin için dört hakkın sübutunda ittifak etmişlerdir: 1) baba, anne ve bunların vasıta olduğu kimseleri ile soy irtibatı (nesep hakkı), 2) varis olması gereken birisinin ölümü halinde, cenin için en büyük payın ayrılması (miras hakkı), 3) kendisine vasiyet edilen şeye hak sahibi olması, 4) kendisine vakfedilen şeye üzerinde hak sahibi olması. Bkz. İbnu'l-Humâm, IX, 232.

²²⁹ Karaman, I, 240.

²³⁰ Türk Medeni Hukukunda, cenin lehine olan hakların sabit olmasının, bir takım pratik sonuçları vardır: "Eğer mirasçılar arasında bir cenin varsa, miras paylaşılmayarak doğuma kadar ertelenir (MK

Cenin aleyhine işlenen suçlarda mağdurun tespiti, öncelikle söz konusu suçun konusu olan ceninin ne olduğu ve aleyhine işlenen fiilin, İslam Ceza Hukuku normlarına göre hangi şartlarda suç olarak kabul edilebileceğiyle doğrudan ilgilidir. Zira herhangi bir fiilin suç olarak tanımlanabilmesi, hukuk düzeninin ihlaline cezaî yaptırım öngördüğü hukukî varlık veya menfaatlerin varlığıyla mümkündür. Bu bağlamda İslam Ceza Hukukunda ceninin hangi durumlarda hukuken korunmaya değer görülen bir varlık olduğu ve dolayısıyla aleyhine işlenen fiilin, cenin aleyhine işlenen bir suç olarak kabulünün izahı, bu suçun mağdurunu tespitinde belirleyici olacaktır. Diğer taraftan cenin aleyhine işlenen suçun varlığı ve bu suça ceza normlarınca öngörülen yaptırımın uygulanması konusunda İslam hukukçuları farklı görüşler ortaya koymuşlardır. Söz konusu bu görüş farklılıklarının, özellikle suça öngörülen yaptırımların uygulanması bağlamında, uygulamaya nasıl yansıdığının izahı, cenin aleyhine işlenen suçların mağdurunu tespit etmek açısından zorunlu görülmektedir.

İslam Ceza Hukukunda, hangi durumlarda cenin aleyhine işlenen bir suçtan bahsedilebileceği, öncelikle ceninin ne olduğu sorunuyla doğrudan ilgilidir. İslam hukukçuları, cenin aleyhine işlenen suçların konusu olan ceninin ne olduğu veya annenin rahminde taşıdığı şeyin hangi aşamada *cenin* adını alacağı konusunda farklı görüşler ortaya koymuşlardır. Burada İslam hukukçularının ortaya koydukları görüş farklılıkları, esas olarak, suçun konusunun varlığı ve yokluğu sorununa ilişkindir. Zira İslam Ceza Hukukunda ceninin mağduriyeti ve bu mağduriyete ilişkin hukukî sonuçlar, söz konusu sorunun çözümü olarak öngörülen temel prensibe göre belirlenmektedir. Bahsedilen görüş farklılıkları, genel olarak üç grupta incelenmektedir. Birinci görüşe göre ceninlik dönemi, hamileliğin ilk gününden başlar ve doğuma kadar devam eder.²³¹ Anne rahmindeki şey, gelişim evreleri dikkate alınmaksızın anne rahmine düştüğü andan itibaren cenin olarak kabul edilir ve düşürülmesi durumunda suçlu, cenin aleyhine işlenen bir suçtan sorumlu tutulur.

md. 643). Evlilik dışı cinsi ilişkiden olan cenin namına onun doğumundan önce de *babalık davası(nesep hakkı)* açılabilir (MK md. 303/1). Cenin sağ doğduğu takdirde, kendisine henüz doğmadan önce yapılmış olan karşılıksız kazandırmalar, örneğin vasiyet yoluyla yapılan bir bağışı kazanmış olur. Bkz. Akıntürk, Turgut, *Medeni Hukuk*, BETA Yayınları, İstanbul 2004, 110.

²³¹ Bu görüş, Mâlikîler, Şâfiîlerin bazıları, Zâhiriyye ve İmâmiyye mezhebinin görüşüdür. Bkz. el-Mâverîdî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XII, 385; el-Huraşî, VIII, 32. Ayrıca bkz. Muhsin, Abdülaziz Muhammed, *el-Himâyetu'l-Cinâiyye li'l-Cenin fi's-Şer'ati'l-İslâmiyye ve'l-Kânûni'l-Vad'iyye*, Dâru'l-Beşîr, Kâhire, ty., 26-27; Mustafa, Kemal Cevdet Ebû'l-Maâtî, *Ukûbetu'l-Cinâye ale'n-Nefs fi's-Şer'ati'l-İslâmiyye*, Daru'l-Hudâ, Kahire 1987, 181; Abdülazîz, 146.

Buna göre, kendisine karşı müessir fiil işlenen bir kadın, yaratılışı henüz insan suretinde tebeyyün etmemiş bir et parçası düşürse, suçlu, cenin aleyhine işlenen suçtan sorumlu tutulur ve ceninin guresini ödemeye mahkûm edilir. Dolayısıyla henüz insan suretini almamış olduğu halde düşürülen cenin, bu suçun mağduru kabul edilir. İkinci görüşe göre, annenin rahminde taşıdığı şey, insan şeklini almaya başladığı andan itibaren cenin olarak kabul edilir ki bu da hamilelik döneminin ilk kırk gününden sonraki dönemi ifade eder.²³² Öngörülen süreden önce veya rahimdeki şeyin fizyolojik gelişimi esas alınarak belirlenen durum dışında, kendisine karşı işlenen bir suç sebebiyle hamile bir kadının taşıdığı şeyi düşürmesi, cenin aleyhine işlenmiş bir suç olarak kabul edilmez ve suçlu da cenin aleyhine işlenen suçtan değil farklı bir suçtan sorumlu tutulur. Dolayısıyla kendisine karşı işlenen suç sebebiyle annenin düşürdüğü şey, bu suçun mağduru olarak değerlendirilemez. Üçüncü görüşe göre ise, cenin aleyhine işlenmiş bir suçtan bahsedebilmek için, düşürülen şeyin insan suretinde olması gerekir ki bu da hamileliğin ilk dört ayından sonraki dönemde gerçekleşir.²³³ Bu görüşü benimseyenler tarafından öngörülenin dışında, hamile kadına karşı suç işlemesi sebebiyle rahimdeki şeyin düşmesine sebep olan kişi, cenin aleyhine işlenen suçtan değil, suçun neticesine bağlı olarak müessir fiilden ya da katl suçundan sorumlu tutulur ki bu da düşürülen şeyin söz konusu suçun mağduru olmadığını ortaya koymaktadır. Türk Ceza Hukukunda ise, hamile kadının rızasına bağlı olarak, hamilelik süresi on haftayı geçmemiş olmak kaydıyla, yetkili kimseler tarafından ceninin düşürülmesi suç oluşturmamaktadır. Hamile kadının rızasının olmaması veya hamileliğin yetkili olmayan kimseler tarafından sona erdirilmesi halinde, ceninin düşürülmesi, hamilelik süresi dikkate alınmaksızın suç olarak tanımlanmaktadır.²³⁴

İslam Ceza Hukukunda, cenin aleyhine işlenen suçtan bahsedebilmesi, bir diğer ifadeyle, ceninin düşmesine sebep olan fiilin suç olarak değerlendirilebilmesi için, annenin ya da babanın hayat hakları, hukuken korunan nitelikte olması gerekir. Bu bağlamda, anne ve babanın her ikisi de harbî veya mürted olursa, ceninin

²³² Bu görüş, Hanefîler ile Şâfiîlerin görüşüdür. Bkz. eş-Şâfiî, XII, 384; el-Mâverî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XII, 385; İbnu'l-Humâm, IX, 232. Ayrıca bkz. Muhsin, 24–25; Mustafa, 181; Udeh, II, 259–260.

²³³ Bu görüş, daha çok Hanbelîlerin benimsediği görüştür. Bkz. İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IX, 540; el-Buhûtî, VI, 23. Ayrıca bkz. Mustafa, 181; Abdülazîz, 147.

²³⁴ Meran, 227

düşürülmesi de suç oluşturmaz.²³⁵ Zira İslam Ceza Hukukunda benimsenen genel ilkeye göre ceninin diyeti, *hayat hakkına sahip olmak, Müslüman olmak ve hür olmak* bakımından anne ve babadan hangisi üstünse ona göre belirlenmektedir.²³⁶ Benimsenen bu ilkeye göre, Müslüman bir kocadan hamile kalan mürted bir kadının cenini, Müslüman kabul edilir ve düşürülmesi halinde Müslüman ceninin gurresi gerekir. Dolayısıyla düşürülen cenin, söz konusu suçun mağduru kabul edilir. Müslüman-hür bir kadının bir köleden, meşru ya da gayr-i meşru bir yolla hamile kalmasında da durum aynıdır ve düşürülen cenin için Müslüman-hür cenin gurresi ödenir.²³⁷

İslam hukukçuları, ceninin düşmesine sebep olan suçun meydana geldiği an ile ceninin düştüğü an arasında zaman farkının bulunmasına farklı sonuçlar bağlamaktadırlar. Hanefî hukukçular, cenin aleyhine işlenen suçlarda mağdurun tespiti ve suça öngörülen yaptırımın tayini konusunda, ceninin düştüğü zamanı değil, suçun meydana geldiği zamanı esas almaktadırlar.²³⁸ Buna göre, mürted bir kadın kendisine karşı bir müessir fiil işlendikten sonra Müslüman olsa ve cenini düşürse, yukarıda bahsedilen genel kabule ters düşmemek açısından babanın da kanı heder olmak kaydıyla, ceninin gurresi ödenmez. Şâfiîler ile Hanbelîlere göre ise, cenin aleyhine işlenen suçlarda mağdurun ve suça öngörülen yaptırımın tespitinde suçun meydana geldiği zamanın değil, ceninin düştüğü zamanın esas alınması gerekmektedir.²³⁹ Buna göre, zimmî bir kadın, kendisine karşı bir suç işlendikten sonra Müslüman olsa ve cenini düşürse, düşürülen ceninin diyeti, Müslüman ceninin diyeti olarak belirlenir.

İslam Ceza Hukukunda cenin aleyhine işlenen bir suçtan ve bu suça bağlı olarak mağduriyetten bahsedebilmenin bir diğer koşulu ise, ceninin anne rahminden düşmüş olmasıdır. İslam hukukçularının çoğunluğuna göre, İslam Ceza Hukuku normlarının cenin aleyhine işlenen suçlara öngördüğü yaptırımın uygulanabilmesi,

²³⁵ el-Buhûtî, VI, 24.

²³⁶ en-Nevevî, *Ravdatu't-Tâlibîn*, VIII, 321.

²³⁷ eş-Şâfiî, XII, 284; el-Mâverdî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XII, 395 ve 396; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IX, 537; en-Nevevî, *Ravdatu't-Tâlibîn*, VIII, 321; el-Merdâvî, Alâüddîn Ebi'l-Hasan Ali b. Süleyman, *el-İnsâf fî Ma'rifeti'r-Râcih Mine'l-Hilâf alâ Mezhebi'l-İmâm Ahmed b. Hanbel*, I-XII, Dâr-u İhyâi't-Turâsi'l-Arabî, Beyrut 1957, X, 69 ve 73; İbn Âbidîn, VI, 588.

²³⁸ İbnu'l-Humâm, IX, 238; et-Tûrî, Muhammed b. Huseyn b. Ali, *Tekmiletu'l-Bahri'r-Râik Şerhu Kenzi'd-Dakâik*, I-IX, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1997, IX, 104.

²³⁹ el-Mâverdî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XII, 396; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IX, 537; en-Nevevî, *Kitâbu'l-Mecmû'*, XX, 473.

ancak söz konusu suçun kesin surette varlığının ispatı olan ceninin rahimden düşmesiyle mümkündür. Aksi takdirde, yani ceninin düşmemesi durumunda, ceninin varlığı veya yokluğu ya da suçun meydana geldiği anda canlı veya cansız olduğu konusunda bir şüphe hâsıl olur ki bu da cenin aleyhine işlenen suça öngörülen yaptırımın uygulanmasına engel teşkil eder. Buna göre, karnında şişlik veya hareketlilik olan ya da hamile olduğu bilinen bir kadına karşı suç işlenmesi sonucu, şişlik ve hareketlilik gitmekle birlikte cenin düşmezse, bahsedilen şüphenin varlığı sebebiyle, suçlu cenin aleyhine işlenen bir suçtan değil, söz konusu fiilin neticesine göre ya müessir fiilden ya da katl suçundan sorumlu tutulur. İmâm Zührî (ö.124/742)'ye göre ise, her ne kadar cenin düşmese de, işlenilen suç cenin aleyhine işlenmiş kabul edilir ve suçlu, cenin aleyhine işlenmiş bir suçtan sorumlu tutulur.²⁴⁰

İslam Ceza Hukukunda, cenin aleyhine işlenen suçların mağdurunun tespiti, ceninin ölü olarak düşürülmesi ile sağ olarak düşürülüp daha sonra işlenilen suç sebebiyle ölmesi arasındaki farkın tespitiyle de yapılabilir. Zira söz konusu durumlarda, farklı suç tiplerinin oluşmasına bağlı olarak, mağduriyet de farklılaşmaktadır. İslam hukukçuları, canlı düşen ve sonra da işlenilen suç sebebiyle ölen ceninin cezası hakkında farklı yaptırımlar öngörmekle birlikte, söz konusu suçun cenin aleyhine işlenen bir suç değil, katl suçu olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedirler.²⁴¹ Düştüğünde ceninin canlı olup olmadığı ise, ağlaması, nefes alması, süt emmesi veya azalarının hareket etmesiyle anlaşılır.²⁴² Bu kabule bağlı olarak Mâlikî hukukçuların bir kısmı, ceninin canlı olarak düştükten sonra ölmesine sebep olan suçun çoğu kez ölümle neticelenebilecek şekilde(annenin karnına vurulması gibi) işlenmiş olması durumunda, suçluyu kasten adam öldürme suçundan sorumlu tutarlar ve yaptırım olarak da kısasa hükmederler.²⁴³ Zira Mâlikîler, diğer İslam hukukçularından farklı olarak, cenin aleyhine işlenen suçun, kasten ve taksirle işlenebileceğini kabul etmektedirler. Diğer İslam hukukçularına göre ise, cenin aleyhine işlenen suçların sırf kasten işlenemeyeceği, ancak kasıt benzeri veya taksirle işlenebileceği için²⁴⁴, ceninin sağ düştükten sonra ölmesine sebep olan suça

²⁴⁰ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IX, 538; en-Nevevî, *Kitâbu'l-Mecmû'*, XX, 471; el-Buhûtî, VI, 24.

²⁴¹ el-Kâsânî, X, 458; en-Nevevî, *Ravdatu't-Tâlibîn*, VIII, 317; el-Huraşî, VIII, 33.

²⁴² eş-Şâfiî, XII, 287; el-Merdâvî, X, 73.

²⁴³ el-Huraşî, VIII, 33.

²⁴⁴ en-Nevevî, *Ravdatu't-Tâlibîn*, VIII, 328.

öngörülen yaptırım tam diyetir.²⁴⁵ Görüldüğü üzere İslam hukukçuları arasındaki bu görüş farklılığı, kasıt-yaptırım ilişkisi bağlamındadır. Kısaca ifade etmek gerekirse, cenin aleyhine işlenen bir suçtan ve bu suçun mağdurundan bahsedebilmenin ölçütlerinden biri de, ceninin ölü olarak düşürülmesidir. Aksi durumda cenin aleyhine işlenmiş bir suçtan değil, katl suçundan bahsedilir. Bu bağlamda, ister evlilik yoluyla olsun, isterse evlilik dışı olsun, ceninin sağ düştükten sonra ölmesi, katl suçu olarak kabul edilmektedir. Zira İslam hukukçularının, ikinci duruma öngördükleri yaptırımlar bunu açıklar niteliktedir.

İslam hukukçuları, ceninin, annenin ölümünden sonra ölü olarak düşmesi durumunda hangi suç tipinin oluşacağına ilişkin farklı görüşler ortaya koymuşlardır. Mâlikîler ile Hanefîlere göre, eğer cenin annenin ölümünden sonra ölü olarak düşerse, sadece annenin diyeti gerekir. Dolayısıyla cenin aleyhine işlenen bir suçtan ve bu suç sonucunda oluşacak mağduriyetten bahsedebilmek için, annenin, ölmeden önce cenini düşürmesi gerekir. Annenin ölümünden sonra düşen cenin, annenin bir uzvu gibi telakki edilir ve suçlu sadece annenin ölümünden sorumlu olup, ayrıca cenin için gurre ödemez. Çünkü kişinin azalarının hükmü, ölümle birlikte ortadan kalkmaktadır.²⁴⁶ Şâfiîler ile Hanbelîlere göre ise, ceninin, annenin ölümden önce veya sonra düşmesi arasında bir fark yoktur. Suç, annenin ölümüyle birlikte ceninin de ölü olarak düşmesine sebep olmuşsa, suçlu hem annenin ölümünden hem de ceninin düşmesinden sorumlu tutulur. Çünkü anneye karşı işlenen suç, açıkça ceninin de düşmesine sebep olmuştur. Buna göre suçluya, anneye karşı işlediği suça öngörülen yaptırımın yanında, cenin aleyhine işlenen suçlara öngörülen yaptırımın da uygulanması gerekmektedir.²⁴⁷ Kısaca ifade etmek gerekirse, ilk görüşte olan İslam hukukçularının, söz konusu suçun bahsedilen şekilde meydana gelmesi halinde, cenin aleyhine işlenen suçun meydana gelmeyeceği fikrini savunmalarına karşılık, ikinci görüş sahipleri, sorunu daha geniş bir çerçevede ele alarak iki farklı suç tipinin

²⁴⁵ eş-Şâfiî, XII, 386 ve XV, 164; el-Kâsânî, X, 458; en-Nevevî, *Ravdatu't-Tâlibîn*, VIII, 318; ez-Zeylaî, Fahreddin Osman b. Ali, *Tebyînu'l-Hakâik Şerhu Kenzi'd-Dakâik*, I-VII, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 2000, VII, 293; İbnu'l-Humâm, IX, 236; el-Merdâvî, X, 73; İbn Âbidîn, VI, 588; el-Cezîrî, Abdurrahmân *Kitabu'l-Fıkıh ale'l-Mezâhibi'l-Erbaa*, I-V, Dâr-u İhyâi't-Turâsi'l-Arabî, Beyrut ty., V, 373.

²⁴⁶ es-Serahsî, XXVI, 89; ez-Zeylaî, VII, 293; İbnu'l-Humâm, IX, 236; el-Huraşî, VIII, 33; İbn Âbidîn, VI, 589.

²⁴⁷ eş-Şâfiî, XII, 386; el-Mâverdî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XII, 389; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IX, 539.

meydana geleceği ve buna bağlı olarak da farklı yaptırımların öngörülmesi gerektiği fikrini savunmaktadırlar.

Cenin aleyhine işlenen suçlarda, mağduriyetin sınırlarını ve mağduru tespit edebilmek için, söz konusu suçun, suçlu açısından da ele alınması gerekmektedir. Zira cenin aleyhine işlenen bir suçun fâili anne olabileceği gibi annenin dışındaki kimseler de olabilmektedir. İslam hukukçularının ittifakı ile anne, ilaç olarak veya başka bir yolla rahmindeki cenini düşürürse, mirastaki paylarına göre ceninin mirasçılarına gurre ödemeye mahkûm edilir.²⁴⁸ Buna göre, cenin aleyhine işlenen suçun fâilinin anne olması durumunda mağdur, düşürülen cenindir. Anne, suçu kasten işlemesine bağlı olarak, “*kâtil, murisine varis olamaz*” kuralı gereğince de gurreden pay alamaz. Esasen İslam Ceza Hukukundaki bu uygulama, *fâil* ile *mağdur* veya *suçtan zarar gören* sıfatının aynı kişide bir arada bulunamayacağını göstermektedir. Bu suçun anne dışındaki kimseler (ceninin akrabaları veya diğer kimseler) tarafından işlenmesi durumunda ise, suçun mağduru cenin ile birlikte annedir. Zira söz konusu suçun anne dışındaki kimseler tarafından işlenmesine, anne ve cenin açısından olmak üzere iki farklı yaptırım öngörülmektedir.²⁴⁹

İslam Ceza Hukukunda, zaruret halinde, zaruret sınırı aşılmamak kaydıyla ceza normlarının ihlal edilebileceği ilkesi, ceninin düşürülmesi konusunda da geçerli kabul edilmektedir. Buna göre, hukukî bir gerekçenin varlığına bağlı olarak, kanun koyucunun öngördüğü şartlar ve sınırlar çerçevesinde ceninin düşürülmesi hukuka uygundur ve bu uygunluk sebebiyle ceninin rahimden alınması, cenin aleyhine işlenmiş bir suç olarak değerlendirilmez. Hukuka uygunluk hali ise, ceninin alınmaması halinde, hamile kadının ölmesi veya azalarından birinin telef olacağından korkulması durumudur. Bahsedilen durumda, ceninin alınmasını hukuka uygun kılacak zaruretin ihtimal dâhilinde değil, bizzat var olması gerekmektedir. Ayrıca ceninin varlığına bağlı olarak meydana gelen tehlike halinin, ceninin alınması dışında herhangi bir yolla giderilme olanağının olmaması gerekmektedir.²⁵⁰

Cenin aleyhine işlenen suçlara ilişkin bir diğer önemli husus da, kadının, mağduru olduğu bir suç sonucu hamile kalması durumunda, cenini düşürüp

²⁴⁸ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IX, 551, 558; İbn Teymiyye, Takıyyüddîn Ahmed el-Harrânî, *Mecmûatu'l-Fetâvâ*, I-XXXVII, Dâr-u İbn Hazm, Riyad 1997, XXXIV,102; ez-Zeylaî, VII, 297.

²⁴⁹ eş-Şâfiî, XII, 386; el-Mâverdi, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XII, 392; en-Nevevî, *Ravdatu't-Tâlibîn*, VIII, 328; İbnu'l-Humâm, IX, 236; et-Tûrî, IX, 102.

²⁵⁰ Muhsin, 126.

düşüremeyeceği sorunudur. Bu hususta İslam hukukçularının konuya yaklaşımı, geçen paragraflarda bahsedildiği şekliyle, anne rahmindeki şeyin fizyolojik gelişimi esas alınarak ortaya konan farklı yaklaşımlar paralelindedir. Bu bağlamda, anne rahmindeki şeyi, hamileliğin ilk gününden itibaren cenin olarak adlandıran İslam hukukçularına göre, mağduru olunan bir suç sonucu ortaya çıkan hamileliği sonlandırmak suçtur. Anne rahmindeki şeyin, insan şeklini almaya başlamasından sonra cenin olarak kabul edilmesi gerektiğini savunan İslam hukukçularına göre ise, ilk kırk gün içerisinde anne rahmindeki şeyin düşürülmesi hukuka uygundur. Anne rahmindeki şeyin insan şeklini aldıktan sonra cenin olacağını savunan İslam hukukçularına göre ise, bu evreye kadar olan süreçte hamileliğin sona erdirilmesi hukuka uygundur.²⁵¹ TCK md. 99/6'da: "Kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası koşuluyla gebeliği sona erdirene ceza verilmez. Ancak, bunun için gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerekir." denilmek suretiyle, söz konusu gerekçenin varlığına bağlı olarak öngörülen süre ve şartlar çerçevesinde ceninin düşürülmesi suç olarak tanımlanmamıştır.

Özetle ifade etmek gerekirse, İslam hukukçuları, hamileliğin hangi döneminden itibaren ceninin hayat hakkının hukukî bir değer olarak kabul edileceği ve dolayısıyla cenin aleyhine işlenen bir suçtan bahsedilebileceği konusunda farklı görüşler ortaya koymuşlardır. Bu görüşlerin, ceninin niteliği ve suçun tipikliği açısından ortaya koyduğu farklılıklar, mağduriyetin ve suçun mağdurunun tespitinde belirleyici olmaktadır. Diğer taraftan İslam hukukçularının, cenin aleyhine işlenen suçun gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin belirledikleri kriterler de,²⁵² söz konusu suçun mağdurunu tespitinde belirleyici olmaktadır. Ancak İslam hukukçuları, suçun anne dışında bir kimse tarafından işlenmesi durumunda, suçun mağdurunun ceninle birlikte anne iken; anne tarafından işlenmesi durumunda ise, sadece ceninin olabileceği konusunda ittifak etmişlerdir.

²⁵¹ Muhsin, 118.

²⁵² Ceninin, rahimden düşüp düşmemesi ve annenin ölümünden önce veya sonra düşmesine ilişkin farklı yaklaşımlar.

2. Had Cezasını Gerektiren Suçlarda Mağdur

a. Cinsel nitelikli suçlarda mağdur

İslam hukuku kaynaklarında, cinsel nitelikli suçlar, karşılıklı rızanın varlığı veya yokluğu, öngörülen yaptırımların farklılığı ve suçun hareket unsurunu oluşturan fiilin niteliği açısından bir tasnife tabi tutulmaksızın, genel olarak *zina suçu* başlığı altında incelenmektedir. Örneğin, bir kimsenin rızası olmaksızın cinsel ilişkiye zorlanması, *cinsel saldırı* suçunu oluşturmaya rağmen zina suçuyla ilgili bölümlerde ele alınmaktadır. Ancak biz, çalışmamızın ceza hukuku açısından daha sistematik olması amacıyla uygun olarak, suç teşkil eden fiilin karşılıklı rızaya bağlı olup olmaması, öngörülen farklı yaptırımların ve hareket unsurunun suç tipine ilişkin ne tür bir tanımlamaya imkân verdiği ve bu tanımlamanın cinsel nitelikli suçların mağduru açısından ortaya çıkardığı farklılıkları ortaya koymak bakımından cinsel nitelikli suçları *zina suçu* ve *zina dışında kalan cinsel nitelikli suçlar* olmak üzere iki farklı grupta inceleyeceğiz.

aa. Zina Suçunda Mağdur

İslam hukukçuları, hangi nitelikteki cinsel suçun zina olarak tanımlanması gerektiği konusunda farklı yaklaşımlar sergilemişlerdir. Esasen cinsel nitelikli suçları *zina* ve *zina dışında kalan cinsel nitelikli suçlar* olarak gruplandırmamızı zorunlu kılan en önemli etkenlerden biri de, zina suçunun tanımına ilişkin söz konusu görüş farklılıklarıdır. Bu farklılıkların, zina suçunun veya zina dışında kalan cinsel nitelikli suçların mağdurunu tespit etmeye nasıl yansıdığı belirlenebilmesi için, İslam hukukçularının zina suçuna ilişkin tanımlamalarının irdelenmesi gerekmektedir.

Hanefîler zinayı; bülûğ çağına gelmiş, akıllı ve İslam'ın hükümlerini benimsemiş (Müslüman veya zimmi) bir erkeğin İslam ülkesinde hür iradesi ile kendisine helal olmayan veya helallik şüphesi bulunmayan ve kendisine şehvet duyulabilecek yaşta hayatta olan bir kadınla normal yolla (önden) cinsel ilişkide bulunması veya kadının bu fiile imkân vermesi²⁵³ olarak tanımlamaktadırlar.

²⁵³ Semerkandî, III, 138; el-Kâsânî, IX, 178.

Malikîler zinayı; bir erkeğin aralarında hukukî bir akit veya akit şüphesi bulunmayan, yani kendisine haram olduğunda şüphe bulunmayan bir kimseyle – önden veya arkadan-cinsel ilişkide bulunması²⁵⁴ şeklinde tanımlamaktadırlar.

Şâfiîlere göre zina; bir erkeğin aralarında hukukî bir akit veya akit şüphesi bulunmayan akıllı, bâliğ ve hayatta olan bir kimseyle karşılıklı rızaya dayalı olarak, normal veya normal olmayan yolla(arkadan) cinsel ilişkiye girmeleridir.²⁵⁵

Hanbelîlere göre ise zina; aralarında hukukî bir akit veya akit şüphesi olmayan iki kişinin normal veya anormal yolla cinsel ilişkiye girmesidir.²⁵⁶

İslam hukukçularının zina kapsamında değerlendirilecek cinsel nitelikli suçlara ilişkin ortaya koydukları asgari ölçüt, söz konusu suçun hukukî bir akde veya akit şüphesine bağlı olmaksızın, meşrû olmayan yollarla karşılıklı rızaya dayalı olarak işlenmiş olmasıdır. Ancak İslam hukukçuları cinsel nitelikli suçların zina suçu olarak değerlendirilebilmesi noktasında, bahsi geçen asgari müştereklerin kapsamının nasıl tespit edileceğine ilişkin farklı yaklaşımlar ortaya koymuşlardır. Bu bağlamda bir erkeğin, hukukî bir akit ve akit şüphesi olmaksızın bir kadınla normal yolla cinsel ilişkiye girmesi bütün İslam hukukçuları tarafından zina olarak kabul edilirken, normal olmayan yolla, ölü bir kimseyle veya aynı cinsten olan kimseyle girilen cinsel ilişkinin hangi tipte cinsel nitelikli bir suç oluşturduğu konusunda farklı yaklaşımlar ortaya çıkmıştır. Esasen İslam Ceza Hukukunda cinsel nitelikli suçların hangi ölçütler çerçevesinde bir suç tiplemesine tabi tutulacağı hususu, temelde söz konusu suçla ihlal edilen hukukî değer ne olduğuna ilişkin bir sorundur. Zira kanun koyucunun, ceza normlarını farklı suç tiplerini ifade edecek şekilde düzenlemesi ve bu düzenleme çerçevesinde farklı suç tiplerine farklı yaptırımlar öngörmesi, hukuka aykırı fiillerin suç olarak tanımlanma gerekçesi olan hukukî değerlerin farklılığından kaynaklanmaktadır.

Ebû Hanîfe (ö.150/767)’ye göre, cinsel nitelikli bir suçun zina olarak kabul edilebilmesi ve suçun fâillerine zina cezasının/haddinin öngörülebilmesi için, söz konusu fiilin normal yolla işlenmiş olması gerekmektedir. Bu kayıtle Ebû Hanîfe, kadına arkadan yaklaşmak suretiyle işlenen cinsel ilişkiyi ve livatayı, zina dışında

²⁵⁴ el-Huraşî, VIII, 75. Ayrıca bkz. Behnesî, Ahmet Fethi, *el-Mevsûatu'l-Cinâiyye fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*, I-IV, Dâru'n-Nahdati'l-Arabiyye, Beyrut 1991, 179.

²⁵⁵ eş-Şirbinî, V, 442; er-Remlî, VII, 422–424.

²⁵⁶ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 147; İbn Muflih, VI, 380.

kalan cinsel nitelikli suçlar kapsamında değerlendirmekte ve yaptırım olarak da ta'zîr cezası öngörmektedir.²⁵⁷ Buna göre, kadına veya erkeğe arkadan yaklaşılması durumunda zina suçundan ve bu suça ilişkin mağduriyetten bahsedilemez. Ancak Ebû Yûsuf (ö.182/798) ve İmâm Muhammed (ö.189/805)'in görüşü ise, zina suçunun oluşması için bu şartın gerekmediği ve normal olmayan yolla işlenen cinsel suça da zina haddinin uygulanması gerektiği yönündedir.²⁵⁸ Ebû Hanîfe, zinanın suç sayılmasıyla korunmak istenen öncelikli hukukî değer *neseplerin sıhhatinin korunması*²⁵⁹ olduğundan hareketle livata ve arkadan cinsel ilişkiyi zina kapsamında değerlendirmemektedir. Zira ona göre, arkadan yapılan cinsel ilişkide neseplerin karışma durumu yoktur. Diğer taraftan livata ve zinanın farklı kavramlarla ifade edilmesi ve bu iki kavram hakkında sahabenin ihtilaf etmesi, zinanın kapsamının önden girilen cinsel ilişkiyle sınırlandırılmış olduğunu göstermektedir.²⁶⁰

İslam hukukçularının had cezasını gerektiren zina kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkin farklı görüşler ortaya koydukları bir diğer cinsel nitelikli suç ise, erkeğin erkekle cinsel ilişkiye(livata) girmesidir. Ebû Hanîfe'ye göre, erkeğin erkekle cinsel ilişkisine, zina suçuna öngörülen yaptırım değil, ta'zîr nevinden bir yaptırım uygulanması gerekmektedir.²⁶¹ Zâhirîler de erkeğin erkekle cinsel ilişkisine zina hükmü veren bir ceza hukuku normunun bulunmadığı gerekçesiyle, Hanefîlerle aynı görüşü paylaşmaktadırlar. Diğer İslam hukukçularına göre ise, erkeğin erkekle cinsel ilişkiye girmesi zina suçunu oluşturur ve bu suçun fâillerine had cezasının uygulanması gerekir.²⁶² Bu görüşte olan İslam hukukçuları, zinayı, geçen paragraflarda bahsedildiği şekliyle, normal veya normal olmayan yollarda işlenen cinsel nitelikli bir suç olarak tanımlamaktadırlar ki, bu tanımlamanın bir sonucu olarak da erkeğin hemcinsiyle işlediği cinsel nitelikli suçun mağdurunun zina suçunun mağduru olduğu ortaya çıkmaktadır.

İslam hukukçuları arasında, zina suçunun kapsamına ilişkin bir diğer ihtilaf konusu ise, ölmüş bir kimseyle cinsel ilişkiye girilmesi konusudur. İslam

²⁵⁷ el-Kâsânî, IX, 185–186.

²⁵⁸ el-Kâsânî, IX, 184.

²⁵⁹ el-Kâsânî, IX, 186.

²⁶⁰ Nebhan, Muhammed Faruk, *Mebâhisü fi'ş-Şeriatî'l-Cinâi'l-İslâmî*, Daru'l-Kalem, Beyrut 1981, 214.

²⁶¹ el-Kâsânî, IX, 185–186. Ayrıca bkz. Nebhan, 214.

²⁶² el-Mâverdî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XIII, 222; İbn Kudâme, *el-Kâfî*, V, 377; İbn Muflih, VI, 386; el-Huraşî, VIII, 76.

hukukçularının çoğunluğuna göre, ölmüş bir kimseyle cinsel ilişkiye giren kimse zina suçundan değil, zina dışında kalan cinsel nitelikli bir suçtan sorumlu tutulur ve ta'zîren cezalandırılması gerekir.²⁶³ Bu sebeple ölü bir kimseyle cinsel ilişkiye girmek suretiyle işlenen suçlarda, zina dışında kalan cinsel nitelikli suçlara ilişkin mağduriyetten bahsedilebilir. Ancak bazı Şâfiî²⁶⁴ ve Hanbelî²⁶⁵ hukukçularla Mâlikîlerin²⁶⁶ görüşüne göre ise, bu tip suç, zina kapsamında değerlendirilir ve söz konusu suçun fâiline de had cezası uygulanması gerekir. Bununla birlikte Mâlikî hukukçular, bu tip suçun zina suçu olarak değerlendirilebilmesi için, suçlunun erkek olması kaydını koymuşlardır.²⁶⁷

İslam Ceza Hukukunda cinsel nitelikli fiillerin suç olarak tanımlanabilmesine yönelik bir diğer ihtilaf konusu ise, cinsel nitelikli ilişkileri suç olarak tanımlayan ceza normlarının geçerlilik alanına ilişkindir. Hanefî hukukçular, söz konusu normların geçerlilik alanını, İslam devletinin hâkimiyeti altında bulunan bölgelerle sınırlandırmaktadırlar. Buna göre, Müslüman veya zimmî bir kimsenin, İslam beldesi sınırları dışında veya İslam beldesi sınırları içinde isyancıların hâkimiyeti altında olan bölgelerde (dâru'l-bağy) işledikleri cinsel nitelikli fiiller suç teşkil etmez ve söz konusu fiili işleyen kimse İslam beldesine geldikten sonra zina suçundan sorumlu tutulamaz.²⁶⁸ Hanefîler dışındaki İslam hukukçuları ise, cinsel nitelikli ilişkileri suç olarak düzenleyen ceza normlarının geçerlilik alanına ilişkin böyle bir sınırlama getirmemektedirler.²⁶⁹

İslam Ceza Hukukunda, zina suçunun kapsamına ilişkin ihtilaflı konulardan biri de kendisiyle zina edilmek amacıyla veya başka bir sebeple kiralanan kadınla cinsel ilişkiye girilmesidir. Hanefîlere göre, ücret karşılığında girilen cinsel ilişkinin, mehir karşılığında girilen cinsel ilişkiyi hatıra getirmesi bir şüphe sebebidir ve bu şüphe sebebiyle de söz konusu cinsel ilişkinin zina suçu olarak değil, zina dışında kalan cinsel nitelikli bir suç olarak değerlendirilmesi ve bu suçun fâiline ta'zîr cezası

²⁶³ el-Kâsânî, IX, 186; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 148; İbn Muflih, VI, 391; eş-Şirbinî, V, 445.

²⁶⁴ eş-Şirbinî, V, 445.

²⁶⁵ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 148; İbn Muflih, VI, 391.

²⁶⁶ İbn Cuzeyy, 347. Ayrıca bkz. Nebhan, 217.

²⁶⁷ el-Huraşî, VIII, 76.

²⁶⁸ el-Kâsânî, IX, 187. Ayrıca bkz. Yazır, M. Hamdi, *Alfabetik İslam Hukuku ve Fıkıh İstılahları Kamusu*, I-V, Hazırlayan: Sıtkı Güllü, Eser Neşriyat, İstanbul 1997, II, 157.

²⁶⁹ eş-Şâfiî, XII, 120; Sahnûn, IV, 484; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 528.

uygulanması gerekmektedir.²⁷⁰ Hanefîler dışındaki İslam hukukçularına göre ise, genel anlamda şüphenin varlığı cinsel nitelikli suçun zina olarak tanımlanmasına engeldir, ancak bahsedilen durumda hukuken geçerli bir şüpheden bahsetmek olanaksızdır²⁷¹ ve böyle bir sözleşme hukuken yok hükmündedir.²⁷²

İslam Ceza Hukukunda cinsel nitelikli suçlara öngörülen yaptırımların İslam ülkesi vatandaşı olmayan müste'minlere uygulanabilirliği noktasında İslam hukukçuları farklı görüşler ortaya koymuşlardır. Ebû Hanîfe (ö.150/767) ve İmâm Muhammed (ö.189/805)'e göre, İslam ülkesinde müste'min bir erkeğin müste'min bir kadınla cinsel ilişkiye girmesi, İslam Ceza Hukuku normlarına göre suç olarak değerlendirilmez. Zira Allah haklarını konu edinen ceza normlarının –kazf suçuyla ilgili düzenleme hariç- muhatabı sadece İslam devleti vatandaşı olan Müslümanlar ve zimmîlerdir. Buna karşılık bir müste'minin Müslüman bir kadınla ya da Müslüman bir erkeğin müste'min bir kadınla cinsel ilişkiye girmesi durumunda sadece Müslüman olan kişiye had cezası uygulanması gerekir.²⁷³ Burada müste'min olan kişiye had cezasının uygulanmaması, söz konusu fiilin suç olarak tanımlanamayacağı şeklinde değil, devlet başkanının müste'min üzerinde haddi uygulama yetkisinin olmadığı şeklinde anlaşılmalıdır. Çünkü bir taraftan Müslüman olan kişiye had cezası öngörülmekle birlikte, söz konusu fiilin suç olarak tanımlanmasına engel teşkil edecek bir gerekçe de yoktur. Evzâ'î (ö.176/792)²⁷⁴ ve Ebû Yûsuf (ö.182/798)'a²⁷⁵ göre ise, İslam ülkesine geçici bir süre kalmak için gelen müste'min de zimmî ile aynı statüdedir ve İslam Ceza Hukuku normlarına bütünüyle uymakla yükümlüdür. İmâm Şâfiî (ö.204/820)'ye göre ise, müste'min, eman sözleşmesinde şart koşulmadığı takdirde, Allah haklarıyla ilgili düzenlemeleri içeren ceza normlarına uymakla yükümlü değildir. Ancak söz konusu ceza normlarının -içki içmek ve zina gibi- sırf Allah hakkına ilişkin düzenlemeleri içermesi gerekir.²⁷⁶ Bu bağlamda, İslam ülkesinde bir müste'minin bir müste'minle cinsel ilişkiye girmesi -eman sözleşmesinde yasak hükmünde bir madde bulunmamak kaydıyla- suç teşkil

²⁷⁰ İbn Âbidîn, IV, 29.

²⁷¹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 187; eş-Şirbinî, V, 445.

²⁷² el-Mâverî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XIII, 256; İbn Muflih, VI, 392.

²⁷³ el-Kâsânî, IX, 188; İbn Nuceym, Zeynüddîn b. İbrahim b. Muhammed, *el-Bahru'r-Râik Şerhu Kenzi'd-Dakâik*, I-IX, Daru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1997, V, 29.

²⁷⁴ eş-Şâfiî, XV, 314.

²⁷⁵ el-Kâsânî, IX, 187.

²⁷⁶ eş-Şâfiî, XV, 315.

etmezken, bir müste'minin Müslüman bir kimseyle cinsel ilişkiye girmesi cinsel nitelikli suç olarak değerlendirilir, ancak sadece Müslüman kişiye had cezası uygulanması gerekir.²⁷⁷ Mâlikîlere ve Hanbelîlere göre ise, İslam ülkesinde Müslüman bir kimseyle cinsel ilişkiye giren müste'min, cinsel nitelikli bir suçu işlemekten değil, eman sözleşmesini ihlal ettiği için ölüm cezasına çarptırılır. Çünkü eman sözleşmesi aynı zamanda Müslümanların ırzlarına saldırmazlık sözleşmesi niteliğindedir. Diğer taraftan müste'min bir kimseyle karşılıklı rızaya dayalı olarak cinsel ilişkiye giren Müslüman kişiye de had cezasının uygulanması gerekir.²⁷⁸ Bu görüş çerçevesinde söz konusu suça iki farklı yaptırım (ölüm ve had cezası) öngörülmesi, iki farklı suç tipinin ve bu farklılığın bir sonucu olarak da iki farklı mağduriyetin varlığı anlamına gelmektedir. Özetle ifade etmek gerekirse, müste'min bir kimsenin müste'min bir kimseyle cinsel ilişkiye girmesi İslam hukukçularının çoğunluğuna göre -Ebû Yûsuf ve Evzâ'î hariç- suç oluşturmazken, söz konusu fiilin bir Müslümanla karşılıklı rızaya dayalı olarak işlenmesi durumunda ise, bütün İslam hukukçularına göre zina suçunu oluşturur. Ancak, yukarıda bahsedildiği şekilde, bazı İslam hukukçularına göre, devlet başkanının müste'mine haddi uygulama yetkisi yoktur.

İslam hukukçularının zina kapsamında değerlendirilecek cinsel nitelikli suçlara ilişkin farklı yaklaşımlarını ortaya koyduktan sonra, zina suçunun mağdurunu açıklayabilmek için, söz konusu fiile yasak hükmünün konulma gerekçesi olan hukukî değerlerin tespiti bir zorunluluktur. Bu bağlamda özel olarak zinanın, genel olarak da cinsel nitelikli fiillerin, yasak hükmü içeren ceza normlarının suç sayılması, söz konusu fiillerin en geniş şekliyle toplumu ilgilendiren hukukî değerleri ihlal ediciliği sebebiyledir. Esasen İslam Ceza Hukukunda zina suçuna öngörülen yaptırımları da içeren hadlerin, bütün toplumu ilgilendiren hukukî değerlerin ihlaline öngörülen yaptırımlar olduğu ve bu sebeple soruşturma ve kovuşturma aşamasında şahsî hak davalarından farklı olarak dava konusu edileceği ve şahsî hak davalarında hukuken geçerli olan af ve sulh gibi bireysel tasarruflara konu edilemeyeceği anlayışı, söz konusu fiillerin, kanun koyucu tarafından suç olarak düzenlenme gerekçesinin, bütün toplumu ilgilendiren hukukî değerlerin ihlali olduğunu açıklayıcı niteliktedir. İslam Ceza Hukuku normlarına göre zina suçunun bütün toplumu

²⁷⁷ el-Mâverdi, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XIII, 329.

²⁷⁸ el-Kâsânî, IX, 187-188; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 276; el-Huraşî, VIII, 75.

ilgilendiren hukukî değerleri ihlal ediciliği, neseplerin karışmasına sebep olması, neseplerin karışmasının bir sonucu olarak da toplumun en temel birimi olan aile düzenini temelden sarsması, ailelerin şeref ve haysiyetlerini zedelemesi, toplumda suç oranının artmasına ve cinsel ilişki yoluyla bulaşan ölümcül hastalıkların yaygınlaşmasına sebep olması yönüyledir.²⁷⁹ Bu sebeple zina suçunun mağduru her durumda öncelikle toplumdur. Diğer taraftan zina, toplum menfaatlerini ihlal ediciliğinin yanında bir takım şahsî hakların ihlaline de sebep olmaktadır. Örneğin evlilik birliği içinde, nikâh akdinin kişiye tanıdığı bir hak olan karşılıklı cinsel faydalanma, sadece eşlere tanınan bir yetki alanına işaret eder. Bu bağlamda evli bir kadının yabancı bir kimseyle cinsel ilişkiye girmesi, kocaya nikâh akdinin tanıdığı yetki alanının, eşi ve yabancı bir kimse tarafından ihlalidir. Dolayısıyla söz konusu durumda zina suçunun mağduru, toplumla birlikte zina eden kadının eşidir. Zina suçunun bir diğer mağduru da zina yoluyla dünyaya getirilen çocuktur. Çünkü İslam hukukuna göre, çocuk henüz doğmadan önce de anne karnında nesep hakkına sahiptir. Bu sebeple zina yoluyla dünyaya getirilen çocuk, hem nesep hakkı ihlal edildiği için hem de hayatı boyunca sorumlusu olmadığı bir suçun sonucuna katlanacağı için zina suçunun mağduru. Son olarak önemle belirtmemiz gerekir ki, cinsel nitelikli suçların zina ve zina dışında kalan suçlar olarak düzenlenmesinde hangi hukukî değerlerin esas alınacağı noktasında İslam hukukçuları farklı görüşler ortaya koymuşlardır ki, esasen bu görüş farklılıkları zina suçunun kapsamına ilişkin ihtilafların temel sebebidir.

bb. Zina Dışında Kalan Cinsel Nitelikli Suçlarda Mağdur

İslam Ceza Hukukunda, zina dışında kalan cinsel nitelikli suçlar, karşılıklı rızanın olmaması, söz konusu suçta zina haddinin öngörülmemesi veya suçla ihlal edilen hukukî değerlerin zina suçunu oluşturacak nitelikte olmadığı gibi gerekçelerle İslam hukukçularının zina kapsamında değerlendirmedikleri suçlardır. Bu bağlamda, cinsel nitelikli bir ilişkinin zina suçuna kapsamında değerlendirilebilmesi için karşılıklı

²⁷⁹ el-Kâsânî, IX, 179–181. Ayrıca bkz. Hammâsi, Fethi Tayyib, *ed-Darûretu'l-Merhaliyye fî Tatbiki'l-Kânûni'l-Cinâi'l-İslâmî*, Dâr-u Kuteybe, Dimaşk 2001, 189; Âlim, Yusuf Hâmid, *el-Makâsıdu'l-Âmme li'ş-Şerâti'l-İslâmiyye*, Daru'l-Hadis, Kahire ty., 445; Ebû Zeyd, Hüseyin, *Ukûbetu'l-Cesediyye beyne'ş-Şerâti'l-İslâmiyye ve'l-Kânûni'l-Vad'iyye*, I-II, yy., by. 1997, 175; İlâhî, Fazl, *et-Tedâbiru'l-Vâkıye mine'z-Zinâ fî'l-Fıkhi'l-İslâmî*, Mektebetü'l-Maarif, Riyad 1985, 51–89.

rızanın var olması gerektiği konusunda İslam hukukçuları arasında her hangi bir ihtilaf söz konusu değildir. Buna göre, her hangi bir kimsenin cinsel ilişkiye zorlanması durumunda zina suçundan değil, *cinsel saldırı* tipinde bir suçtan bahsedilebilir ki, esasen bu, söz konusu suçla ihlal edilen hukukî değer varlığına bağlı olarak mağdurun tespitinde temel bir farklılığa ve mağduriyetin sınırlarının daha kapsamlı anlaşılması gerektiğine işaret etmektedir. Zira söz konusu suçla, bir taraftan hadlerin konuluş gerekçesi olan toplum menfaatleri ihlal edilirken, diğer taraftan cinsel ilişkiye zorlanan kişinin de cinsel dokunulmazlığı ihlal edilmektedir. Bu bağlamda, cinsel saldırı tipindeki cinsel nitelikli suçların mağduru bir taraftan cinsel ilişkiye zorlanan kişi iken, diğer taraftan da toplumdur.²⁸⁰

Zina suçuna ilişkin açıklamalarda ifade edildiği üzere Ebû Yûsuf (ö.182/798) ve İmâm Muhammed (ö.189/805) dışındaki Hanefîlere göre, bir erkekle bir kadın arasında, karşılıklı rızaya dayalı ve normal yolla işlenen cinsel suçlar hariç olmak üzere diğer bütün cinsel nitelikli suçlar zina kapsamı dışında değerlendirilir ve bu suçların işlenilmeleri halinde de zina suçunun mağdurundan değil, zina dışında kalan cinsel nitelikli suçların mağdurundan bahsedilebilir. Buna göre bir erkeğin bir kadınla veya bir diğer erkekle normal olmayan tarzda cinsel ilişkiye girmesi Hanefîlerce zina dışında kalan cinsel nitelikli bir suç olarak tanımlanırken, İslam hukukçularının çoğunluğuna göre zina kapsamında değerlendirilir. Ayrıca bir erkeğin ücret karşılığında bir kadınla cinsel ilişkiye girmesi konusunda da Hanefîler, diğer İslam hukukçularından farklı bir görüş ortaya koyarak, söz konusu cinsel ilişkinin zina dışında kalan cinsel nitelikli suçlar kapsamında değerlendirilmesi gerektiği fikrini benimsemişlerdir. Ancak bir kadının bir diğer kadınla lezbiyenlik olarak bilinen cinsel suçu işlemeleri ise, İslam hukukçularının tamamına göre, zina dışında kalan cinsel nitelikli bir suç olarak değerlendirilir. Bazı Şâfiî ve Hanbelî hukukçular ve Mâlikîlerin dışındaki İslam hukukçularına göre, ölü bir kimseyle cinsel ilişkiye girmek suretiyle işlenen suçlar da, zina dışında kalan cinsel nitelikli suçlar kapsamında değerlendirilmektedir. Kısaca ifade etmek gerekirse Ebû Yûsuf ve İmâm Muhammed dışındaki Hanefî hukukçulara göre erkekle kadın arasında karşılıklı rızanın varlığına bağlı olarak normal yolla ve erkeklik organının kadınlık organına belli bir miktar girmesi suretiyle işlenenin dışındaki bütün cinsel nitelikli suçlar, zina

²⁸⁰ eş-Şâfiî, XII, 585.

dışında kalan cinsel nitelikli suçlar kapsamında ele alınmaktadır. Diğer İslam hukukçularına göre ise, bir erkeğin cinsel ilişkiye girdiği kimsenin erkek veya kadın olduğuna bakılmasızın, karşılıklı rızanın varlığı halinde, sadece erkeklik organının önden ya da arkadan belli bir miktar girmesi, söz konusu cinsel ilişkinin zina olarak tanımlanmasında temel ölçüttür ve bu ölçütün gerçekleşmemesi durumunda zina dışında kalan cinsel nitelikli suç oluşur. Zina dışında kalan cinsel nitelikli suçlarda, mağduriyetin kapsamına yönelik belirlemeler, karşılıklı rıza unsurunun varlığı ve yokluğuyla doğrudan ilişkilidir. Bu bağlamda, bir kimsenin söz konusu ilişkiye zorlanması durumunda suçun mağduru, toplumla birlikte ilişkiye zorlanan kimse iken, karşılıklı rızanın varlığı halinde ise, sadece toplumdur.

b. Kazf Suçunda Mağdur

İslam Ceza Hukukunda kişilerin şeref, haysiyet ve namusuna, toplum içindeki itibarı ve diğer fertler nazarındaki saygınlığına karşı işlenen suçlar genel olarak kazf suçu kapsamında değerlendirilmektedir. Ancak İslam Ceza Hukukunda hakaret niteliği taşıyan bu suçlara öngörülen yaptırımlar esas alındığında *kazf* teriminin, *bir kişiye zina isnadı* veya *bir kimsenin nesebini inkâr*²⁸¹ anlamında spesifik bir kullanım olduğu anlaşılmaktadır. Zira İslam Hukuku kaynaklarında –hakaret niteliği taşıyan bütün suçlar aynı başlık altında(kitabü'l-kazf) ele alınmakla birlikte- Nur suresi 4.²⁸² ve 24.²⁸³ ayetlerde bahsi geçen suç tipi ve bu suça öngörülen yaptırım (hadd-i kazf) esas alınarak, had kapsamında değerlendirilecek söz konusu suçlar, *kazf* teriminin spesifik kullanımıyla belirlenmektedir. Diğer taraftan yine aynı bölümlerde kazf suçunun mağduru tespit etmek üzere kullanılan *makzufta/mağdurda aranan şartlar* ifadesi de, sadece kendisine zina isnat edilen veya nesebi inkâr edilen kimselerin mağduriyetini tespiti yönelik bir kullanım olup, hakaret niteliği taşıyan diğer suçların mağdurlarını kapsamamaktadır. Buna göre İslam Ceza Hukukunda *kazf suçları* ifadesi, özel bir anlama işaret etmek üzere, *bir kişiye zina isnadı* veya *bir kimsenin nesebini inkâr* şeklinde işlenen suçlar anlamında kullanılmaktadır. Türk

²⁸¹ el-Berâziî, IV, 465; Semerkandî, III, 144; eş-Şirbinî, V, 460; el-Huraşî, VIII, 86.

²⁸² “Namuslu ve hür kadınlara zina isnadıyla iftirada bulunan, sonra bu konuda dört şâhit getiremeyen kimselerin her birisine seksen değnek vurun. Artık onların şâhitliklerini kabul etmeyin. Onlar fasıkların tâ kendileridir.”

²⁸³ “namuslu, kötülüklerden habersiz mü'min kadınlara iftira atanlar dünyada da ahirette de lanete uğratıldılar. Onlar için büyük de bir azap vardır.”

Ceza Hukukunda, TCK md. 125/1'de: "Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden ya da yakıştırmalarda bulunmak veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır."²⁸⁴ denilmek suretiyle hakaret niteliği taşıyan suçlar, bir bütün olarak *Şerefe Karşı Suçlar* bölümü altında ele alınmaktadır.

İslam Ceza Hukukunda bir kişiye zina isnadı veya bir kimsenin nesebini inkâr şeklinde işlenen suçların mağdurunu tespit, söz konusu suçun yöneldiği kişinin taşıması gereken sıfatlar ve suçla ihlal edilen hukukî değer/değerlerin niteliği mağduriyet kapsamını belirleyici faktörlerdir. Ayrıca ihlal edilen hukukî değer niteliğine bağlı olarak, söz konusu suçun soruşturulması ve kovuşturulmasına ilişkin düzenlemeler ile kovuşturulma aşamasında iddia makamının sahip olduğu haklara ilişkin düzenlemeler de mağduriyetin tespitinde temel ölçütlerdir. Bu bağlamda İslam hukukçularının; mağdurun taşıması gereken sıfatlar, suçla ihlal edilen hukukî değer niteliği ve bu suçun soruşturulması ve kovuşturulmasına ilişkin düzenlemelere yönelik ortaya koydukları görüşlerin –farklılıklarıyla birlikte- belirlenmesi, yukarıda sınırları çizilen kazf suçunun mağdurunun tespiti açısından zorunludur.

İslam hukukçuları, herhangi bir kimsenin bahsi geçen ayetlerde belirlenen suç tipinin mağduru olabilmesi için, yine aynı ayetlerde geçen *ihsan* şartlarını taşıması gerektiğini belirtmektedirler. Bir kimsenin *muhsan* olması ise, Müslüman, akıllı, baliğ, hür ve daha önceden zina haddini gerektirecek bir suç işlememiş olması demektir.²⁸⁵ Ancak İslam hukukçularının bir kısmı, kazf suçuyla ilgili ayetlerdeki yasak hükmünün köleleri de kapsadığı, ayrıca kazf fiilini suç olarak düzenleyen ceza normlarının konuluş amacı esas alındığında, kölelerin de bu suçun mağduru olabileceklerini savunmaktadırlar.²⁸⁶ Zira kazf fiiline ilişkin yasak hükmü, iftiraya maruz kalan kişilerden söz konusu isnadın giderilmesi amacıyla yönelik olarak düzenlenmektedir ve kölelerin bu düzenlemenin dışında kalmalarını zorunlu kılacak bir gerekçe de yoktur. Genel olarak muhsan olma şartları, belirlenen şekilde tespit

²⁸⁴ Çetin, Erol, *Yeni Türk Ceza Yasasındaki Hakaret Suçları*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, 19.

²⁸⁵ el-Kâsânî, IX, 218; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 192–193; İbn Cuzeyy, 349.

²⁸⁶ Ömer b. Abdülaziz (ö.101/720), ez-Zührî (ö.124/742), Dâvûd ez-Zâhirî (ö.270/884) ve İbn Hazm (ö.456/1063)'a göre, köleye karşı işlenen kazf suçundan dolayı suçluya had cezası gerekir. Bkz. el-Mâverdî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XIII, 256; en-Nevevî, *Kitâbu'l-Mecmû'*, XXII, 98; İbnü'l-Humâm, V, 90.

edilmekle birlikte İslam hukukçuları, bu şartlara ilişkin detay hükümlerde farklı görüşler ortaya koymuşlardır.

İslam hukukçularının çoğunluğuna göre, bir kimsenin, zina isnadı şeklinde işlenen kazf suçunun mağduru olabilmesi için ergenlik çağına gelmiş olması gerekir. Buna göre henüz ergenlik çağına gelmemiş kişilere zina isnadı, kazf cezasını değil, ta'zîr cezasını gerektiren bir suç olarak değerlendirilir ve bu durumda had cezasını değil, ta'zîr cezasını gerektiren kazf suçunun mağdurundan bahsedilebilir. Zira bu görüş sahiplerine göre, tipik fiilin/zinanın bahsedilen nitelikteki kişilerce işlenme imkânının olmaması ve buna bağlı olarak da işlendiği iddia edilen fiilin maddî unsurunun yokluğu göz önüne alındığında, söz konusu suç, had cezasını gerektiren kazf suçu dışında değerlendirilmelidir.²⁸⁷ İmâm Mâlik (ö.179/795) ile bazı Hanbelî hukukçulara göre ise, ergenlik çağına gelmemiş, fakat kendi yaşıntıdakilerle cinsel ilişkiye girebilecek yaşta ve olgunlukta olan küçükler de had cezasını gerektiren kazf suçunun mağduru olabilirler.²⁸⁸ Zira söz konusu durumda kişi, kendisine isnat edilen fiili yapabilecek niteliğe sahiptir.

Kazf fiilinin gayr-i müslim bir kimseye karşı işlenmesi durumunda ise bütün İslam hukukçularına göre, had cezasını gerektiren bir suçtan bahsedilemez. Zira kâfir, namus ve şerefe kıyasla daha üst bir değer olan Müslümanlık vasfına sahip olmadığı için had cezasını değil, ta'zîr cezasını gerektiren suçun mağduru olabilir.²⁸⁹

Mağduriyetin şartlarına ilişkin bir diğer ihtilaf konusu da kazf fiilinin suç olarak düzenlenme gerekçesi olan iffetin hangi durumlarda kaybedilmiş olacağı ve dolayısıyla söz konusu fiilin farklı bir suç tipini oluşturacağına ilişkindir. Esasen bu ihtilaf, zina suçuyla hükümlü olmanın, kazf suçunun mağduru açısından ortaya çıkardığı sonuçlar bağlamında da ele alınabilir. Hanefîlere göre, kendisine zina isnad edilen kişinin, haram yolla asla zina suçu işlememiş olması veya İslam hukukçularının fesadı konusunda ittifak ettiği nikâhla cinsi temasta bulunmamış olması gerekmektedir. Şayet bahsedilen şekilde cinsel ilişki yaşamış ise, işlediği suç haddi gerektirsin ya da gerektirmesin, kendisinden iffet vasfı kalkmıştır ve kendisine karşı zina isnadında bulunulması durumunda, bu kişi had cezasını gerektiren kazf

²⁸⁷ el-Mâverdî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XIII, 255; el-Kâsânî, IX, 218; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 209; en-Nevevî, *Kitâbu'l-Mecmû'*, XXII, 102; İbnu'l-Humâm, V, 91; İbn Âbidîn, IV, 45.

²⁸⁸ İbn Ruşd, IV, 1731; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 209; el-Buhâtî, VI, 105.

²⁸⁹ el-Mâverdî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XIII, 255; el-Kâsânî, IX, 218; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 193; İbn Cuzeyy, 349; el-Huraşî, VIII, 86.

suçunun mağduru olamaz.²⁹⁰ Diğer İslam hukukçularına göre ise, kişinin iffeti, ancak zina haddini gerektirecek cinsel nitelikli bir suç işlemesi durumunda kalkar.²⁹¹ Ancak Hanbelîler, had cezasının bilfiil uygulanmış olmasını şart koşar.²⁹² Ebû Hanîfe (ö. 150/767), İmâm Mâlik (ö.179/795) ve İmâm eş-Şâfiî (ö.204/820)'ye göre, kişinin sahip olduğu iffet vasfının, kazf cezasının infazına kadar kişide bulunması gerekmektedir. Buna göre, kendisine zina isnad edilen iffetli kişi, kazf suçunun işlenmesinden sonra, fakat cezanın infazından önce iffet vasfını kaybetmesine sebep olacak bir suç işlerse, kazf suçunun mağduru olamaz. Süfyan es-Sevrî (ö.161/778), Ebû Sevr (ö.240/854), Müzenî (ö.264/877), Dâvûd ez-Zâhirî (ö.270/884) ve Hanbelî hukukçulara göre ise, bir kimsenin kazf suçunun mağduru olabilmesi için, kazf suçunun işlendiği anda iffet vasfına sahip olması yeterlidir.²⁹³

İslam hukukçularının, kazf suçunun mağduruna yönelik farklı görüşler ortaya koydukları bir diğer husus da cinsel ilişkiye girme yeteneğine sahip olmayan kimselerin, söz konusu suçun mağduru olup olamayacaklarına ilişkindir. Hanefî hukukçulara göre, cinsel ilişkiye girme yeteneği olmayan ya da herhangi bir sebeple bu yeteneğini kaybetmiş kişiye karşı zina isnadı şeklinde işlenen suç, had cezasını gerektiren kazf suçu kapsamında değerlendirilmez ve dolayısıyla kişi, had cezasını gerektiren kazf suçunun mağduru olamaz.²⁹⁴ Şâfiî²⁹⁵ ve Mâlikî hukukçuların²⁹⁶ görüşleri de tenasül uzvu kesilmiş bir kimsenin, kendisine zina isnat edilmesi durumunda kazf suçunun mağduru olamayacağı yönündedir. Hanbelî hukukçulara göre ise²⁹⁷, bahsi geçen bütün durumlarda, kendisine zina isnat edilen kişi, kazf suçunun mağdurudur ve söz konusu suçun fâiline de kazf haddinin öngörülmesi gerekir. Hanbelî hukukçular –diğer İslam hukukçularından farklı olarak- söz konusu suç tipini ve bu suçun mağdurunu tespititte, isnada konu olan suçun, isnadın yöneldiği kişi tarafından gerçekleştirilebilme imkânını değil, fâilin isnada ilişkin kastını esas almaktadırlar.

²⁹⁰ el-Kâsânî, IX, 218.

²⁹¹ el-Mâverî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XIII, 264; el-Merdâvî, X, 208; el-Hurâşî, VIII, 87.

²⁹² İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 215.

²⁹³ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 214–215; el-Merdâvî, X, 208.

²⁹⁴ İbnü'l-Humâm, V, 89; İbn Nuceym, V, 52; İbn Âbidîn, IV, 46.

²⁹⁵ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 210.

²⁹⁶ İbn Ruşd, IV, 1731; el-Hurâşî, VIII, 87.

²⁹⁷ İbn Kudâme, *el-Kâfi*, V, 404; el-Buhûtî, VI, 104.

İslam hukukçularının farklı görüşler ortaya koydukları bir diğer konu da, nesebin inkârı şeklinde işlenen kazf suçunun mağdurunu tespit, nesebi inkâr edilen kişinin annesinin gayr-i müslim veya köle olmasının mağduriyete nasıl yansıdığına ilişkindir. Esasen bu ihtilafın kaynağı, nesebin inkârı şeklinde işlenen kazf suçunun niteliğine ilişkin olup, suçun yöneldiği kişinin farklı algılanmasıdır. Hanefîlere göre, nesebi inkâr edilen kişinin annesinin köle veya gayr-i müslim olması durumunda suçluya kazf haddi öngörülmez. Zira söz konusu suç, anneye zina isnadından başka bir şey değildir.²⁹⁸ Bu sebeple bir kimsenin kazf suçunun mağduru olabilmesi için öngörülen ihsan şartının annede bulunması zorunludur. İmâm Şâfiî (ö.204/820)'nin görüşü de bu yöndedir. Zira İmâm Şâfiî'ye göre, bir kimse, annesi Müslüman ve hür olan bir kişiye 'zinakarın oğlu' olduğunu söylese, suçlu, anneye zina isnadı suçundan sorumlu tutulur. Ayrıca annenin hayatta olması durumunda, dava açma hakkı anneye aittir. Çünkü söz konusu suç, anneye zina isnadı şeklinde işlenmiş bir suç tipini oluşturmaktadır.²⁹⁹ Mâlikî³⁰⁰ ve Hanbelî³⁰¹ hukukçulara göre ise, nesebi inkâr edilen kişinin annesi kim olursa olsun; yani ister köle, ister hür, ister Müslüman, ister gayr-i müslim olsun, suçluya kazf cezası öngörülür. Bu görüşü benimseyen İslam hukukçularına göre, söz konusu suçla ihlal edilen hukukî değer, öncelikle nesep hakkına ilişkin olduğu için, mağduriyet için öngörülen şartların nesebi inkâr edilen kişide bulunması durumunda bu kişi kazf suçunun mağduru olur.

Hanefîlere göre, İslam Ceza Hukuku normlarının yer bakımından geçerlilik alanı devlet başkanının yetki alanıyla sınırlı olduğu için, söz konusu fiilin İslam beldesi dışında ya da isyancıların hâkim olduğu beldede işlenmesi durumunda kazf suçundan ve mağduriyetten bahsedilemez. Diğer İslam hukukçularına göre ise, kazf suçuyla ilgili düzenlemeleri içeren ceza normlarının geçerlilik alanı, *mağdura göre şahsîlik* ilkesiyle belirlendiği için, İslam devleti sınırları dışında kendisine zina isnat edilen ya da nesebi inkâr edilen kişi kazf suçunun mağduru olur.³⁰² Müste'min bir kimsenin İslam ülkesinde kazf fiilini işlemesi durumunda ise, İslam hukukçularının ittifakıyla fâil, kazf suçundan sorumlu tutulur ve dolayısıyla kendisine karşı suç işlenen kimse de bu suçun mağduru olur. Dolayısıyla müste'min bir kimsenin

²⁹⁸ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 207; İbnu'l-Humâm, V, 92.

²⁹⁹ el-Mâverî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XIII, 246.

³⁰⁰ Sahnûn, IV, 492; İbn Ruşd, IV, 1732.

³⁰¹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 207; İbn Muflih, VI, 412.

³⁰² İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 195.

işlediği kazf suçuna bağlı mağduriyet, mülkîlik sistemi esas alınarak belirlenmektedir.³⁰³

İslam Ceza Hukukunda kazf suçunun mağdurunun tespiti, söz konusu suçla ihlal edilen hukukî değer/hakkın niteliği ve suçun soruşturma ve kovuşturma şartlarıyla doğrudan ilgilidir. Ayrıca söz konusu ihlalin, gerek yargı konusu edilmeden önce, gerekse yargı sürecinde, iddia makamına bireysel bir tasarrufta bulunma yetkisi verecek nitelikte olup olmaması da bu suçun mağdurunu tespitte belirleyici bir faktördür. İslam hukukçuları –Zâhirî hukukçular dışında- kazf suçuyla ihlal edilen hukukî değer bir taraftan kamu menfaatini, bir taraftan da muayyen bir şahsın menfaatini konu edinen bir niteliğe sahip olduğunda hemfikirdirler.³⁰⁴ Ancak İslam hukukçuları söz konusu hukukî değer ağırlıklı olarak kamu menfaatini mi, yoksa suçtan doğrudan zarar gören şahsın menfaatini mi ihlal ettiği hususunda farklı görüşler benimsemişlerdir. Hanefî hukukçular -Ebû Yûsuf (ö.182/798) hariç-, kazf suçuyla ihlal edilen hakkın ağırlıklı olarak kamu menfaatini ilgilendirdiğini ve dolayısıyla söz konusu suçun dava konusu edildikten sonra affın geçerli olmayacağını belirtmişlerdir.³⁰⁵ Hanefî hukukçuların, kazf suçunun şahsî dava yoluyla yargı konusu edilebileceği ve affın da ancak yargı sürecinden önce geçerli olacağı yönündeki görüşleri dikkate alındığında, suçla ihlal edilen hukukî değer kamuyu ilgilendiren boyutunun, daha çok suçun yargı konusu edilmesinden sonraki süreçte ortaya çıktığı anlaşılmaktadır. Bu bağlamda söz konusu suçun mağdurunu tespitte, suçun dava konusu edilip edilmemesi belirleyici bir faktördür. Buna göre, suçun dava konusu edilmemesi durumunda mağdur, sadece suçtan doğrudan zarar gören şahıs iken, dava konusu edilmesi durumunda ise, suçtan zarar gören şahısla birlikte toplumdur. İmâm Mâlik (ö.179/795)’e göre de, suçla ihlal edilen hukukî değer niteliği, suçun dava konusu edilip edilmemesine göre belirlenir. Bu yönüyle İmâm Mâlik’in görüşü, Hanefî hukukçuların görüşleriyle aynı doğrultudadır. Ancak İmâm Mâlik, suçtan doğrudan zarar gören şahsın, yargılama aşamasında olayın gizli kalmasını sağlamak amacıyla suçluyu affederek davayı sonlandırabileceğini

³⁰³ el-Mâverî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XIII, 246; İbnu'l-Humâm, V, 107. Ayrıca bkz. Yaman, Ahmet, *İslam Hukukunda Uluslararası İlişkiler*, Fecr Yayınları, Ankara 1998, 261.

³⁰⁴ Yaylalı, Davut, *İslam Hukukunda Sulh*, Taştan Matbaacılık, İstanbul 1993, 135; Fudaylât, Cebr Mahmûd, *Sukûtu'l-Ukûbât fî'l-Fikhi'l-İslâmî*, I-IV, Dâr-u Ammâr, Ürdün 1987, II, 174.

³⁰⁵ el-Mâverî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XIII, 259; el-Kâsânî, IX, 248; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 196; İbn Âbidîn, IV, 53. Ayrıca bkz. Fudaylât, II, 182.

belirtmektedir.³⁰⁶ İmâm Mâlik'in ta'zîr cezasıyla ilgili görüşleri dikkate alındığında, kazf suçunun mağduru suçtan doğrudan zarar gören şahısla birlikte toplumdur. Zira İmâm Mâlik, ister şahsî davanın konusu olsun ister kamu davasının konusu olsun, her bir ceza normunun ihlaliyle kamuya ait bir menfaatin ihlal edildiği, buna bağlı olarak da her bir suça -af ve sulh söz konusu olsa bile- ta'zîr cezası öngörülmesinin devlet başkanının yükümlülükleri açısından bir zorunluluk olduğunu belirtmektedir. Ebû Yûsuf ile Şâfiî ve Hanbelî hukukçular ise, kazf suçuyla ihlal edilen hukukî değer in ağırlıklı olarak, kazf suçunun yöneldiği şahsı ilgilendirdiği, dolayısıyla bu suçun şahsî dava yoluyla kovuşturulabileceği ve dava açılmadan önce veya sonra ya da dava hükme bağlandıktan sonra af ve sulhun geçerli olacağını belirtmektedirler.³⁰⁷ Bu görüşü benimseyen İslam hukukçuları kazf davasını, kısas davasına kıyaslayarak, kazf suçuna ilişkin yargı sürecinin ve bu süreçte taraflara tanınan hakların, şahsî davanın konusu olan kısas davalarıyla aynı ilkeler çerçevesinde belirlenmesi gerektiği fikrini benimsemektedirler.³⁰⁸ Bu bağlamda kazf suçunun mağduru -af ve sulhun varlığına bağlı olarak- kendisine zina isnat edilen veya nesebi inkâr edilen kişidir. Suçtan doğrudan zarar gören şahsın, suç sabit olduktan sonra suçluyu affetmemesi durumunda, suçla ihlal edilen hukukî değer in kamusal niteliği ortaya çıkar ve bu durumda söz konusu suçun mağduru suçtan doğrudan zarar gören şahısla birlikte toplum olur. Kazf cezasının, sırf kamu hakkının ihlaline bağlanan bir yaptırım olduğu, söz konusu uyuşmazlığın sadece kamu davası olarak yargı konusu edilebileceği ve buna bağlı olarak da af ve sulhun hiçbir hukukî geçerliliğinin olmayacağı fikrini savunan Zâhirîlere göre,³⁰⁹ kazf suçunun mağduru toplum ve suçtan doğrudan zarar gören şahıstır. Ancak burada herhangi bir ceza uyuşmazlığının kamu davası şeklinde yargı konusu edilmesi, söz konusu uyuşmazlıktan muayyen bir şahsın zarar görmediği şeklinde değil, uyuşmazlığın yöneldiği şahıstan başka, toplumun da bu suçtan zarar gördüğü şeklinde anlaşılmalıdır. Esasen ceza normlarının -diğer hukuk normlarından farklı olarak- kamusalılığından anlaşılması gereken de budur. Buna göre kazf suçunun mağduru, toplumla birlikte suçtan zarar gören şahıstır.

³⁰⁶ Sahnûn, IV, 488.

³⁰⁷ el-Mâverî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XIII, 259; Semerkandî, III, 146; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 195; el-Merdâvî, X, 201.

³⁰⁸ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 196.

³⁰⁹ Fudaylât, II, 182; Yaylalı, 137.

İslam hukukçularının ihtilaf ettiği bir diğer husus da, ölmüş bir kimsenin, söz konusu suçun mağduru olup olmayacağına ilişkindir. Şâfiî ve Mâlikîlere göre ölmüş bir kimse de kazf suçunun mağduru olabilir. Ancak ölmüş kimsenin dava açması söz konusu olamayacağı için, o kimsenin/mağdurun yakınları, suçtan zarar gören sıfatıyla dava açma hakkına sahiptirler.³¹⁰ Hanefîlere göre ise, ölmüş bir kimseye karşı işlenen kazf suçunun mağduru, ölen kimsenin hayatta olan yakınlarıdır. Bu sebeple ölmüş olan kimsenin çocukları ve yakınları suçtan doğrudan zarar gören/mağdur sıfatıyla dava açma hakkına sahip olurlar. Zira söz konusu durumda suç, her ne kadar ölmüş olan kimseye karşı işlenmiş gibi gözüксе de esasında doğrudan ölmüş olan kimsenin hayatta olan çocukları ve yakınlarına karşı işlenmiştir.³¹¹ Hanbelîlere göre ise, ölmüş olan kimseye karşı işlenen kazf suçu, akıl hastası olan kimseye karşı işlenmiş kazf suçu gibi değerlendirilir.³¹² Bu bağlamda, akıl hastası olan kimsenin, had cezasını gerektiren kazf suçunun mağduru olamayacağı dikkate alındığında, ölmüş olan kimsenin de söz konusu suçun mağduru olamayacağına hükmetmek gerekmektedir.

Özetle ifade etmek gerekirse; İslam hukukçularının, kazf fiilini suç olarak düzenleyen ilgili ayetler çerçevesinde belirledikleri mağduriyet koşullarını taşıyan - bazı İslam hukukçularına göre, ölü ya da hayatta; bazısına göre ise, sadece hayatta olan- herkes bu suçun mağduru olabilmektedir. Diğer taraftan, uyuşmazlığın dava konusu edilmesi ve yargılama sürecinde iddia makamına tanınan haklara ilişkin farklı görüşlerin varlığına bağlı olarak toplumun mağduriyeti de söz konusu edilebilmektedir.

c. Hırsızlık Suçunda Mağdur

İslam Ceza Hukukunda mala karşı işlenen bir suç tipi olarak tanımlanan hırsızlık suçunda mağdurun tespiti, öncelikle söz konusu fiile ilişkin hukukî düzenlemenin sınırlarının tespiti ve bu sınırlamaya paralel olarak normda öngörülen yaptırımın uygulanabilirliğiyle doğrudan ilgilidir. Bu bağlamda hırsızlık suçunun, mala karşı işlenen diğer suç tiplerinden(gasp, dolandırıcılık vb.) ve ilgili normda öngörülenin dışında farklı bir yaptırımın(ta'zîr) konusu olan hırsızlık suçundan

³¹⁰ el-Mâverdî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XIII, 259; el-Huraşî, VIII, 90.

³¹¹ el-Kâsânî, IX, 246; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 220; İbnu'l-Humâm, V, 94.

³¹² İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 223.

ayrıldığı yönleri belirleme amacına uygun olarak; suçun işleniş şekli, suçun maddî konusunun özellikleri ve uyuşmalığa ilişkin düzenlemenin geçerlilik alanının tespiti bir zorunluluktur. Ayrıca uyuşmazlığın, soruşturma ve kovuşturma bağlamında ne şekilde yargı konusu edileceği ve buna bağlı olarak suçun mağduruna tanınan hakların (af ve sulh) tespiti de mağduriyetin sınırlarının tespiti açısından belirleyici olacaktır.

İslam hukukçuları, had cezasını gerektiren hırsızlık suçunun, mala karşı işlenen diğer suçlardan farkını, suç konusu malın *muhafaza edildiği yerden mal sahibinin bilgisi ve rızası olmaksızın gizlice almak* olarak belirlemişlerdir.³¹³ Bu belirlemeyle hırsızlık, mala karşı işlenen diğer suçlardan -gasp ve yağma gibi- ve dolayısıyla had cezasının konusu olmayan suçlardan ayrılmış olmaktadır. Bu bağlamda İslam hukukçularının, gerek tipik fiilin oluşumuna gerekse ihlale ilişkin düzenlemede öngörülen yaptırımın uygulanabilirlik şartlarına ilişkin ortaya koydukları temel esaslar, bu suçun mağdurunu tespitte hareket noktamızı oluşturacaktır.

İslam hukukçuları, mala karşı işlenen suçun, hırsızlık suçuna ilişkin hukukî düzenlemeyi içeren ceza normu kapsamında değerlendirilebilmesi ve bu suça yine aynı normda öngörülen yaptırımın/el kesme haddinin uygulanabilmesi için, suçun maddî konusunun belirli nitelikleri taşıması gerektiğini belirtmektedirler. Suçun maddî konusuna ilişkin belirlemeler aynı zamanda suçun tipikliği ve dolayısıyla mağdurun tipikliğine ilişkin belirlemeleri içermektedir. İslam hukukçuları, mala karşı işlenen suçun had cezasını gerektiren hırsızlık suçu kapsamında değerlendirilebilmesi için, çalınan şeyin, hukuken değerli bir mal olması gerektiği konusunda hemfikirdirler. İslam hukukçularının çoğunluğuna göre, suçun maddî konusuna ilişkin değerlilik ölçütü, söz konusu şeyin mal olarak satılabilen ve karşılığında bedel alınabilen nitelikte olmasıyla belirlenir.³¹⁴ Buna göre, ister günlük tüketilebilen nitelikte olsun, ister uzun süre muhafaza edilebilen nitelikte olsun ya da insanların mal olarak istifadesine imkân sağlayan nitelikte bir şey olsun, hukuken satışa konu edilebilen ve karşılığında bedel tayin edilebilen her şey had cezasını gerektiren hırsızlık suçunun konusu olabilir. Dolayısıyla hırsızlık suçuna ilişkin diğer

³¹³ el-Kâsânî, IX, 275; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 235; eş-Şirbinî, V, 465; el-Hurâşî, VIII, 108.

³¹⁴ eş-Şâfiî, XII, 552; Sahnûn, IV, 536; el-Mâverdî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XIII, 274; İbn Ruşd, IV, 1749; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 243.

şartların varlığına bağlı olarak belirlenen nitelikte bir mal veya mal hükmünde bir şeyin çalınması durumunda had cezasını gerektiren suçtan ve bu suçun mağdurundan bahsedilebilir. Ebû Yûsuf (ö.182/798) dışındaki Hanefî hukukçulara göre ise, uzun süre muhafaza edilme imkânı olmayan tüketim malları ile bolca bulunması sebebiyle kıymetli olarak telakki edilmeyen mallara karşı işlenen suçlar, had cezasını gerektiren hırsızlık kapsamında değerlendirilmemektedir.³¹⁵ Buna göre bir kimse, günlük tüketilmesi gereken gıda maddesini, ya da dağlardan temin edilen odun vb. malları çalsa, had cezasını gerektiren hırsızlık suçundan sorumlu tutulmaz ve suçun yöneldiği kimse de bu suçun mağduru olmaz.

İslam hukukçularının, had cezasını gerektiren hırsızlık suçunun maddî konusuna ilişkin ortaya koydukları bir diğer şart da çalınan malın en az nisap miktarında olmasıdır. Ancak İslam hukukçuları, söz konusu miktarın tayininde farklı görüşler ortaya koymuşlardır. Bu miktarın alt sınırı, Hanefî hukukçulara göre on dirhem ya da bir dinar,³¹⁶ İmâm Mâlik (ö.179/795)'e göre üç dirhem,³¹⁷ Hanbelîlere ve İmâm Şâfiî (ö.204/820)'ye göre dirhemin dörtte bir değeri olarak belirlenmektedir.³¹⁸ Bu bağlamda belirlenen miktardan daha az değere sahip olan malın çalınması durumunda, had cezasını gerektiren hırsızlık suçundan ve suçun mağdurundan bahsedilemez. Çoğunluğun görüşünden farklı olarak Hasan el-Basrî (ö.110/728) ile Zâhirî ve Hâricî hukukçular, ceza normunun genel olarak anlaşılması gerektiği ve bu bağlamda suçun maddî konusuna ilişkin sınırlamanın hukukî bir değerlendirme olmayacağı görüşündedirler.³¹⁹ Bu görüşe göre, çalınan malın miktarı ne olursa olsun, had cezasının gerekliliğine ilişkin diğer şartların varlığı halinde, suçlu had cezasını gerektiren hırsızlık suçundan sorumlu tutulur ve malı çalınan kişi de bu suçun mağduru olur.

İslam Ceza Hukukunda mala karşı işlenen suçun had cezasını gerektiren hırsızlık suçu kapsamında değerlendirilebilmesi için çalınan malın mutlak olarak mütekavvim olması gerekmektedir. Buna göre, İslam hukukunda mal olarak hiç bir hukukî değeri olmayan içki, domuz eti ve çalgı aletlerinin çalınması, mal sahibinin Müslüman veya gayr-i müslim olması dikkate alınmaksızın, had cezasını gerektiren

³¹⁵ el-Kâsânî, IX, 284; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 243.

³¹⁶ el-Kâsânî, IX, 315; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 239.

³¹⁷ Sahnûn, IV, 526.

³¹⁸ eş-Şâfiî, XII, 552; el-Mâverdî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XIII, 269; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 238.

³¹⁹ el-Mâverdî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XIII, 269; el-Kâsânî, IX, 309; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 237.

hırsızlık suçu kapsamında değerlendirilmez ve mal sahibi de bu suçun mağduru olamaz. Ancak çalınan malın sahibinin zimmi veya müste'min olması durumunda mal tazmin edilir.³²⁰

İslam Ceza Hukukunda mala karşı işlenen suçun had cezasını gerektiren hırsızlık suçu kapsamında değerlendirilebilmesi için, hırsızın, çaldığı malda mülkiyet hakkı veya mülkiyet hakkı olarak yorumlanabilecek bir durumun, yani mülkiyet şüphesinin olmaması gerektiği hususunda İslam hukukçuları fikir birliği içindedirler.³²¹ Buna göre, malını kiraya veren, ödünç veren ya da rehin veren kimselerin, verdikleri malları gizlice almaları, bir kimsenin furûundan olan kimselerin mallarını çalması, mülkiyet veya mülkiyet şüphesinin varlığı sebebiyle had cezasını gerektiren hırsızlık suçu kapsamında değerlendirilmez ve çalınan malın sahibi de bu suçun mağduru olamaz.

Suçun maddî konusuna ilişkin bir diğer şart da suç konusu malın muhrez olması yani saklanması ve muhafaza edilmesi adet haline gelmiş mekânlarda bulunduruluyor olmasıdır. Ancak İslam hukukçuları bir malın hangi durumlarda söz konusu şartı taşıdığına ilişkin farklı değerlendirmelerde bulunmuşlardır. İslam hukukçularının çoğunluğunun benimsediği bu ilkeye göre, hasat edilip depolanmadan önce bahçesinden çalınan üründen veya dağlarda otlayan hayvanların çalınmasından dolayı suçluya had cezası uygulanmaz ve muhrez olmayan malın sahibi de had cezasını gerektiren hırsızlık suçunun mağduru olmaz.³²² Çoğunluğun görüşünün aksine Nehâ'î (ö.95/714), Hasan el-Basrî (ö.110/728) ve Dâvûd ez-Zâhirî (ö.270/884)'ye göre ise, söz konusu ilke, hırsızlık suçunun hangi durumlarda had cezasının konusu olacağına ilişkin hukukî bir ölçüt değildir ve suça ilişkin düzenlemeyi içeren yasak hükmünün, belirtilen ilkeyle sınırlanlandırılması hukuken geçerliliği olmayan bir tasarruftur.³²³ Dolayısıyla sahipli olan bir malın –muhrez olup olmamasına bakılmaksızın- çalınması ve ilgili normda öngörülen yaptırımın/haddin uygulanabileceğine ilişkin diğer şartların varlığı durumunda, suçlu had cezasını

³²⁰ eş-Şâfiî, XII, 552; Sahnûn, IV, 536; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 278; el-Buhûtî, VI, 131; el-Huraşî, VIII, 96.

³²¹ el-Kâsânî, IX, 292; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 259.

³²² eş-Şâfiî, XII, 556; Sahnûn, IV, 536; el-Kâsânî, IX, 300; İbn Ruşd, IV, 1746; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 246; el-Buhûtî, VI, 134; el-Huraşî, VIII, 97.

³²³ el-Mâverdi, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XIII, 280; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 246.

gerektiren hırsızlık suçundan sorumlu tutulur ve malı çalınan kişi de had cezasını gerektiren hırsızlık suçunun mağduru olur.

İslam hukukçuları bir malın had cezasını gerektiren suçun konusu olabilmesi için, söz konusu malın muayyen bir kimse tarafından sahiplenilmiş olmasını şart koşmaktadırlar.³²⁴ Esasen bu şart, hırsızlık suçunun; *malın, sahibinin rızası olmaksızın gizlice alınması*, şeklinde tanımlanmasıyla doğrudan ilgilidir. Bu bağlamda sahipsiz malın alınması ve zimmete geçirilmesi, suçun kurucu unsurlarının oluşmaması sebebiyle had cezasını gerektiren hırsızlık suçu kapsamında değerlendirilmez.

İslam Ceza Hukukunda, bir malın had cezasını gerektiren suçun konusu olabilmesi için gerekli şartlardan biri de söz konusu malın hukuken korunan bir değere sahip olmasıdır. Ancak hukuken korunan bir değer olarak malın, hangi durumlarda suça ilişkin normun kapsamında değerlendirileceği ve aynı normda öngörülen yaptırımın konusu olabileceği hususunda İslam hukukçuları farklı görüşler ortaya koymuşlardır. Ebû Hanîfe (ö. 150/767) ve İmâm Muhammed (ö.189/805)'e göre, İslam ülkesi vatandaşı olan Müslüman ve zimmîlerin, vatandaşı oldukları İslam ülkesi sınırları içinde, hukukun öngördüğü çerçevede zilyetliklerinde bulundurdıkları mallar mutlak olarak hukukun koruması altındadır.³²⁵ Bu belirleme aynı zamanda, had cezasını gerektiren hırsızlık suçuna ilişkin yasak hükmünün muhatabı ve geçerlilik alanı ile bu suçun mağdurunun kimler olabileceğine ilişkin bir belirlemedir. Buna karşılık, İslam ülkesi dışında bulunan Müslüman ve zimmînin malı -normun geçerlilik alanı dışında olması sebebiyle- ile İslam ülkesinde bulunan müste'minin malı -mutlak olarak hukuken korunan bir nitelik taşıması sebebiyle- had cezasını gerektiren suçun konusu olamazlar.³²⁶ Ancak İslam ülkesinde çalınan müste'minin malı tazmin edilir.³²⁷ Hanefî hukukçulardan Ebû Yûsuf (ö.182/798), normun geçerlilik alanı konusunda Ebû Hanîfe (ö. 150/767) ve İmâm Muhammed (ö.189/805)'le benzer görüşü paylaşırken, müste'minin hukukî statüsünü zimmî ile eşdeğer kabul ederek onlardan ayrılmaktadır. Bu bağlamda Ebû Yûsuf'a göre, İslam ülkesinde müste'minin malı -zimmîninkine eşdeğer biçimde- mutlak olarak koruma

³²⁴ el-Mâverîdî, *el-Ahkâmü's-Sultâniyye*, 374; el-Kâsânî, IX, 392; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 241; el-Buhârî, VI, 130.

³²⁵ el-Kâsânî, IX, 295; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 276.

³²⁶ el-Kâsânî, IX, 324; İbnu'l-Humâm, V, 268.

³²⁷ el-Kâsânî, IX, 296.

altındadır.³²⁸ Dolayısıyla İslam ülkesinde malı çalınan müste'min had cezasını gerektiren hırsızlık suçunun mağduru olabilir. Diğer İslam hukukçularına göre ise, Müslüman ve zimmîlerin malı ile İslam ülkesinde bulunan müste'minin malı, had cezasını gerektiren hırsızlık suçunun konusu olabilir.³²⁹ Ayrıca bu görüşte olan İslam hukukçularına göre, İslam Ceza Hukuku normlarının geçerlilik alanı *fâile göre şahsîlik* ilkesi çerçevesinde belirlendiği için, Müslüman veya zimmînin İslam ülkesi dışında, ilgili normda öngörülen cezayı gerektirecek bir suç işlemesi durumunda, had cezasını gerektiren suçun mağdurundan bahsedilebilir.³³⁰

İslam Ceza Hukukunda, had cezasını gerektiren hırsızlık suçunda mağdurun tespitine ilişkin bir diğer husus da söz konusu uyuşmazlığın soruşturma ve kovuşturma şekli ile bu şekil çerçevesinde suçun yöneldiği kişiye tanınan bireysel tasarrufların hukukî niteliğidir. Ebû Hanîfe (ö. 150/767), İmâm Şâfiî (ö.204/820) ve Ahmed b. Hanbel (ö.241/855)'e göre, had cezasını gerektiren hırsızlık suçunun yargı konusu edilebilmesi, söz konusu suçtan doğrudan zarar gören kişinin veya vekilinin dava açmasına bağlıdır.³³¹ Zira söz konusu suçla ihlal edilen hukukî değer, yargı sürecinden önce daha çok kul hakkıyla ilgilidir. Uyuşmazlık konusu hakkın niteliği-kovuşturma şekli ilişkisi esasına bağlı olarak da uyuşmazlığın yargı konusu edilmemesi durumunda, suç mağdurunun bireysel tasarrufları -af ve sulh- hem malın tazminine hem de had cezasının öngörülememesine ilişkin hukukî birer işlem niteliğinde iken, yargı sürecinde had cezasını düşüren bir işlem olarak hukuken geçerli değildir.³³² Bu bağlamda, söz konusu uyuşmazlığın dava konusu edilmemesi durumunda suçtan doğrudan zarar gören şahsın mağduriyeti söz konusu iken, uyuşmazlığın dava konusu edilmesi ve suçun sabit olması durumunda ise, suçtan doğrudan zarar gören kişi ile birlikte toplumun mağduriyeti söz konusudur. İmâm Mâlik (ö.179/795), Ebû Sevr (ö.240/854) ve İbnü'l-Münzir (ö.318/930)'e göre ise, had cezasını gerektiren hırsızlık suçunun yargı konusu edilebilmesi ve düzenlemeye ilişkin normda öngörülen yaptırımın uygulanabilmesi, şahsî dava koşulundan ayrı

³²⁸ el-Kâsânî, IX, 296.

³²⁹ el-Mâverdi, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XIII, 328; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 272; el-Huraşî, VIII, 102.

³³⁰ Sahnûn, IV, 546; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 276; el-Buhûtî, VI, 142; el-Huraşî, VIII, 102.

³³¹ el-Kâsânî, IX, 326; İbn Kudâme, *el-Kâfî*, V, 365; en-Nevevî, *Ravdatu't-Tâlibîn*, VIII, 461 ve 465; İbn Nuceym, V, 105; el-Buhûtî, VI, 144.

³³² el-Mâverdi, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XIII, 268; İbn Kudâme, *el-Kâfî*, V, 365; el-Buhûtî, VI, 145. Ayrıca bkz. Fudaylât, III,15.

olarak, şahitlikleri hukuken geçerli olan iki kişinin şahitliği³³³ ve suçlunun ikrarı ile sabit olur.³³⁴ Uyuşmazlığın yargı konusu edilebilme yollarını ortaya koyan bu görüşe göre, ilke olarak, suç mağdurunun, had cezasının düşürülmesine ilişkin tasarruflarının hukuken hiçbir değeri olmayacaktır. Bu bağlamda had cezasını gerektiren hırsızlık suçunun mağduru -şahsî dava koşulu dikkate alınmaksızın- suçtan doğrudan zarar gören şahıs ve toplum olarak belirlenmektedir. Hanefî hukukçulardan Ebû Yûsuf da had cezasını gerektiren hırsızlık suçunun, şahsî dava yoluyla sabit olabileceği gibi sadece suçlunun ikrarı ile de sabit olabileceği görüşündedir.³³⁵

Kısaca ifade etmek gerekirse; İslam Ceza Hukukunda had cezasını gerektiren hırsızlık suçunun mağduru/mağdurları, İslam hukukçularının, bu suçun tipikliği, suç konusu malın özellikleri ve ilgili ceza normunun geçerlilik alanına ilişkin ortaya koydukları görüş farklılıklarına paralel olarak, bazen suç konusu malın sahibi bazen de mal sahibi ile birlikte toplumdur.

d. Hirâbe (Yol Kesme ve Yağma) Suçunda Mağdur

İslam Ceza Hukukunda, *hirâbe* suçunun tanımlanması ve bu tanımlamaya ilişkin unsurların -özellikle suçun fâili bağlamında- tespiti, söz konusu fiili suç olarak düzenleyen ceza normunun muhatabı, normla ihlal edilen hukukî değer niteliği ve ayrıca ihlal edilen değer niteliğine bağlı olarak suçun tipi ve suç mağdurunun belirlenebilmesi açısından öncelikle ele alınması gereken bir sorundur. Esasen bu sorun, en temelde, hirâbe fiilini suç olarak düzenleyen ceza normunun kimler tarafından ihlal edilebileceğine ilişkindir. Zira İslam hukukçuları, hirâbe fiiliyle ilgili yasak hükmünün düzenlendiği normun (Mâide/33),³³⁶ kimler açısından bir yükümlülük ifade ettiği, bir diğer ifadeyle kimlerin bu suçun fâili olabileceği konusunda farklı yaklaşımlar ortaya koymuşlardır. Bu bağlamda söz konusu yasak hükmünün; 1) Hz. Peygamber’le anlaşmalarını bozan, yolları kesen ve yeryüzünde fesat çıkaran müşriklerle ilgili bir düzenleme olduğu, 2) Müslüman olup dinden

³³³ Sahnûn, IV, 531.

³³⁴ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 294; el-Huraşî, VIII, 102.

³³⁵ el-Kâsânî, IX, 331.

³³⁶ “Allah’a ve Resulüne harp açanların, yeryüzünde fesatçılığa koşanların cezası; ancak öldürülmeleri, ya asılmaları yahut elleriyle ayaklarının çaprazvari kesilmesi yahut da bulundukları yerden sürülmeleridir.”

çıkan ve sonra da Hz. Peygamber'in develerini çalan ve çobanlarını öldüren mürtedlerle ilgili bir düzenleme olduğu, 3) ehl-i kitaptan bir milletle ilgili bir düzenleme olduğu, 4) güç kullanarak yol kesen ve malları yağmalayan Müslümanlar ve zimmîlerle ilgili bir düzenleme olduğu -bu İslam hukukçularının çoğunluğunun görüşüdür- ve 5) sadece Müslümanlarla ilgili bir düzenleme olduğu şeklinde farklı yaklaşımlar ortaya çıkmıştır.³³⁷ Ancak biz hirâbe suçunu, suçun tipikliği açısından, -klasik kaynaklarda ele alındığı şekliyle- çoğunluğun görüşünü esas alarak inceleme konusu yapmaya çalışacağız.

İslam hukukçularının çoğunluğuna göre hirâbe suçu; *silahlı bir kimsenin veya bir grup insanın, yolcuların mallarını yağmalamak amacıyla, yardım isteme imkânı olmayan mevkilerde yolları keserek yolcuların mallarını zorla ve açıkça almaları, onları öldürmeleri ya da sadece korkutmaları* olarak tanımlanmaktadır.³³⁸ Çoğunluğun hilafına olarak İmâm Mâlik (ö.179/795), hirâbe suçunda suçlunun mal alma kastını değil, yolda korkuya sebep olma kastını esas almaktadır.³³⁹ Buna göre, mal alma kastı ister olsun ister olmasın, yollarda güvenliği tehdit etmek suretiyle insanların korkmasına sebep olan kimse/kimseler, muharib(yol kesen) sayılır ve hirâbe suçundan sorumlu tutulurlar. Suç kastı-suç tipi-suçlu-mağdur ilişkisi bağlamında kasıt unsuruna ilişkin görüş farklılığı, suç tipinin ve suç tipiyle doğrudan ilgili olan mağdur tipinin farklılığını ortaya koymaktadır. Bu göre, çoğunluğun görüşü esas alındığında söz konusu fiilin mal alma kastı dışında farklı bir amaçla işlenmesi halinde hirâbe suçundan ve bu suçun mağdurundan bahsedilemez. İmâm Mâlik'in görüşü esas alındığında ise, hirâbe suçundan ve bu suçun mağdurundan bahsedebilmek için, söz konusu fiilin sırf insanları korkutmak için işlenmiş olması yeterlidir. Yine İmâm Mâlik'e göre, bir kimseyi sarhoş ederek veya etkisiz kalacağı bir yere kandırarak götürmek suretiyle malını alan kimse de hirâbe suçundan sorumlu tutulur ve suçun yöneldiği kimse de bu suçun mağduru kabul edilir.³⁴⁰

İslam hukukçuları suç kastına ilişkin farklılığın yanı sıra, suçun işlendiği yer, suçun maddî konusunun(malın) niteliği, suçun silahla işlenip işlenmemesi, suçun

³³⁷ el-Mâverdî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XIII, 352; İbn Hazm, XII, 272; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 297; en-Nevevî, *Ravdatu't-Tâlibîn*, VIII, 321.

³³⁸ el-Mâverdî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XIII, 360; el-Kâsânî, IX, 360; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 298; eş-Şirbinî, V, 499; el-Buhûtî, VI, 149-150.

³³⁹ Sahnûn, IV, 552; el-Huraşî, VIII, 104.

³⁴⁰ Sahnûn, IV, 556; el-Huraşî, VIII, 104.

yöneldiği kişinin sıfatı ve suçun işleniş şekliyle ilgili farklı görüşler ortaya koymuşlardır. İslam hukukçuları, suçun işlendiği yeri, ceza normlarının geçerlilik alanı ve suçun tipiklik(suçun kanuni unsuru) unsuruna uygun olarak gerçekleşme imkânı açısından olmak üzere iki farklı şekilde ele almaktadırlar. Ceza normlarının geçerlilik alanına ilişkin olarak Hanefîler, *mülkîlik* sistemini esas aldıkları için suçun İslam ülkesi sınırları dâhilinde işlenmiş olmasını şart koşmaktadırlar.³⁴¹ Bu bağlamda Müslüman veya zimmî bir kimsenin İslam ülkesi dışında yol kesmesi ve yolcuların mallarını yağmalaması suç olarak değerlendirilmez ve hirâbe suçunun mağdurundan bahsedilemez. Diğer İslam hukukçularına göre ise, hirâbe fiilini suç olarak düzenleyen ceza normunun geçerlilik alanı, *fâile göre şahsîlik* sistemiyle tespit edildiği için, söz konusu fiili İslam ülkesi dışında işleyen Müslüman veya zimmî, hirâbe suçundan sorumlu tutulur ve suçun yöneldiği kimse de bu suçun mağduru olur. Tipiklik unsuru açısından ise suç, Hanefî hukukçulara göre –Ebû Yûsuf hariç- şehir dışında ve yerleşim yerlerinden uzakta, yardım isteme imkânının olmadığı yerlerde işlenmelidir. Suçun, şehirlerde ve yardım isteme imkânı olan yerleşim birimlerinde işlenmesi halinde ise farklı bir suç tipinden bahsedilebilir.³⁴² Ebû Yûsuf (ö.182/798)’a göre ise, söz konusu fiilin şehirlerde ve şehirlere yakın yerleşim birimlerinde gece vakti işlenmesi halinde, suçlu hirâbe suçundan sorumlu tutulur ve suçun yöneldiği kimse de bu suçun mağduru olur.³⁴³ Diğer İslam hukukçularına göre ise, esas olan, suçun şehirde ya da şehir dışında işlenmesi değil, suçun yöneldiği kişinin/mağdurun herhangi bir şekilde yardım isteme imkânının olmamasıdır.³⁴⁴ Buna göre, suçun yöneldiği kişi -her nerede bulunursa bulunsun- herhangi bir kimseden yardım isteme imkânına sahip değilse, hirâbe suçunun mağduru olur.

Suçun maddî konusuyla ilgili görüş farklılıkları, esasen suç kastına ilişkin görüş farklılıklarından kaynaklanmaktadır. Hirâbe fiiline ilişkin yasak hükmünün, öncelikle mal alma kastına ilişkin bir ihlalin konusu olacağını benimseyen İslam hukukçularına (Hanefîler, Şâfiîler, Hanbelîler ve İbnü’l-Münzir) göre, söz konusu fiilin hirâbe suçu kapsamında değerlendirilebilmesi için, bir diğer ifadeyle, suçluya, ilgili ceza normunda öngörülen yaptırımın uygulanabilmesi için, alınan malın

³⁴¹ el-Kâsânî, IX, 360.

³⁴² el-Kâsânî, IX, 364; İbnü’l-Humâm, V, 185.

³⁴³ İbn Nuceym, V, 113.

³⁴⁴ el-Mâverdî, el-Hâvi’l-Kebîr, XIII, 360; İbn Kudâme, el-Muğnî, X, 298; en-Nevevî, *Kitâbu’l-Mecmû’*, XXII, 228; el-Huraşî, VIII, 104.

hukuken korunan nitelikte olması ve bir başkasının veya suçlunun bu malda mülkiyet şüphesinin bulunmaması gerekmektedir. Ayrıca alınan miktarın da en az nisap miktarında olması gerekir.³⁴⁵ Hanefîlere göre bu miktarın alt sınırı, her bir suçluya en az on dirhem düşecek şekilde belirlenirken, diğer İslam hukukçularına göre ise, alınan toplam malın üç dirhem kıymetinde olması yeterlidir. Buna göre, alınan malın belirlenen miktarın altında olması durumunda, suçluya ilgili ceza normunda öngörülen yaptırım uygulanmaz ve suçun yöneldiği kimse de hirâbe suçunun mağduru olmaz. Ancak burada önemle belirtmek gerekir ki, söz konusu suçun, bahsedilen sınırlar çerçevesinde değerlendirilebilmesi için, sadece nisap miktarını aşmayan mala ilişkin hukukî değeri ihlal etmiş olması gerekir. Bunun aksine olarak söz konusu suçun -alınan mal nisap miktarının altında olmakla birlikte- yolcuların vücut bütünlüğü ve hayat hakkına ilişkin bir ihlali de içermesi durumunda, suçlu hirâbe suçundan sorumlu tutulur ve suçun yöneldiği kişi hirâbe suçunun mağduru olur. İmâm Mâlik (ö.179/795) ve Ebû Sevr (ö.240/854)'e göre ise, hirâbe fiiline ilişkin yasak hükmünün düzenleniş gerekçesi, öncelikle malın değil, yol güvenliğinin teminine yöneliktir. Bu gerekçeye bağlı olarak, tipik fiilin/hirâbe suçunun gerçekleşmesi, suçlunun -mal alma kastı olsun ya da olmasın- korkutma kastıyla ilgilidir. Bu bağlamda, alınan malın niteliği ve miktarı, suç tipinin -dolayısıyla mağdurun- belirlenmesi ve öngörülen yaptırımların tercihinde, hukukî geçerliliği olan bir ölçüt olarak değerlendirilemez.³⁴⁶

Suç kastıyla doğrudan ilişkili bir diğer ihtilaf konusu da ihlalin konusu olan malın, ne suretle ele geçirildiğidir. İmâm Mâlik³⁴⁷, yukarıda belirtilen esaslar çerçevesinde malın gizliden ya da açıktan ele geçirilmiş olmasını, suç tipinin ve mağdurun belirlenmesinde dikkate almazken, diğer İslam hukukçuları³⁴⁸ malın açıktan ele geçirilmiş olmasını şart koşmaktadırlar. Bu bağlamda İslam hukukçularının çoğunluğu, bahsedilen ölçüt çerçevesinde hirâbe suçunu, hırsızlık suçundan ayırmış olmaktadır. Zira onlara göre, hirâbe suçuna ilişkin diğer şartların

³⁴⁵ eş-Şâfiî, XII, 572; el-Kâsânî, IX, 363; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 306; eş-Şirbinî, V, 500; el-Buhûtî, VI, 152.

³⁴⁶ Sahnûn, IV, 554; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 307. Ayrıca bkz. Zuhayli, III, 445; Fudaylât, II, 184.

³⁴⁷ İmâm Mâlik (ö.179/795)'e göre, söz konusu suça ilişkin normda öngörülen yaptırımların uygulanabilmesi, suçlunun mal alması ya da yolcuları öldürmesi şartına bağlı olmayıp, sadece korku salarak yol güvenliğini ihlal etmesi sebebiyle de mümkündür. Bu sebeple, suç esnasında malın alınış şekli, normun ihlaline öngörülen yaptırımın uygulanıp uygulanamayacağı açısından hukuken geçerli bir ölçüt olamaz. Bkz. Sahnûn, IV, 554. Ayrıca bkz. Zuhayli, III, 445.

³⁴⁸ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 298; en-Nevevî, *Ravdatu't-Tâlibîn*, VIII, 470; el-Buhûtî, VI, 150.

varlığıyla birlikte mal gizlice ele geçirilirse, hirâbe suçundan değil, hırsızlık suçundan ve bu suçun sebep olduğu mağduriyetten bahsedilebilir.

İslam hukukçularının çoğunluğuna göre, hirâbe suçuna ilişkin şartlardan biri de söz konusu fiilin silahla ya da taş ve sopa gibi cisimlerle işlenmiş olmasıdır.³⁴⁹ Zira söz konusu suç aletleri, suçlu ile mağdur arasındaki güç dengesini suçlu lehine bozmaktadır. Esasen İslam hukukçularının, hirâbe suçunun tipikliğini belirleme bağlamında esas aldıkları temel ölçütlerden biri de mağdurun suçluya karşı koyacak güce sahip olmamasıdır. Bu bağlamda suçun silahla ya da mağdurun karşı koymasını engelleyecek bir suç aletiyle işlenmemesi durumunda hirâbe suçundan ve suça ilişkin mağduriyetten bahsedilemez. İslam hukukçularından İbn Hazm (ö.456/1063)'a göre ise, suçun ve dolayısıyla mağdurun belirlenmesinde, suçlunun, silahlı ya da silahsız olması değil, yolcular üzerinde korku oluşturabilecek bir güce sahip olması esastır.³⁵⁰

İslam hukukçularının farklı görüşler ortaya koydukları bir diğer husus da söz konusu uyuşmazlığın aktif ve pasif süjelerinin (fâil ve mağdur) taşınması gereken özelliklere ilişkindir. İslam hukukçularının çoğunluğuna göre, hirâbe fiilinin, tipik fiile ilişkin düzenlemeyi içeren ceza normu kapsamında değerlendirilebilmesi ve aynı normda öngörülen yaptırıma konu edilebilmesi için Müslüman veya zimmî bir kimse tarafından işlenmiş olması gerekmektedir.³⁵¹ Buna bağlı olarak müste'min bir kimsenin İslam ülkesi sınırları dâhilinde yol kesmek ve malları yağmalamak suretiyle işlediği suç, tipiklik unsuru açısından hirâbe suçu kapsamında değerlendirilmez ve dolayısıyla bu suçun mağdurundan bahsedilmez. Zira bu görüşte olan İslam hukukçularına göre müste'min, Allah hakkı olarak değerlendirilen hukukî değerlerle ilgili düzenlemelere uymakla yükümlü olmayıp sadece şahsî davanın konusu olan ceza normlarına uymakla yükümlüdür. Bu esasla ilgili olarak, müste'minin taraf olduğu uyuşmazlık -had cezasını gerektiren hirâbe suçundan farklı biçimde- kısas davalarında olduğu gibi şahsî dava şeklinde yürütülür. Zâhirî hukukçulara göre ise,³⁵² bu suçun fâili ancak Müslüman bir kimse olabilir. Söz konusu fiilin müste'min veya zimmî bir kimse tarafından işlenmesi durumunda ise, hirâbe suçundan değil, zimmet akdini veya eman sözleşmesini ihlal eden bir suçtan

³⁴⁹ eş-Şâfiî, XII, 571; Sahnûn, IV, 556; el-Kâsânî, IX, 360; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 299; en-Nevevî, *Ravdatu't-Tâlibîn*, VIII, 470; el-Buhûtî, VI, 149.

³⁵⁰ İbn Hazm, XII, 283.

³⁵¹ el-Kâsânî, IX, 188; el-Buhûtî, VI, 149.

³⁵² İbn Hazm, XII, 293.

ve bu suça ilişkin mağduriyetten bahsedilebilir. Hanefi hukukçulardan Ebû Yûsuf (ö.182/798) ise, eman sözleşmesini zimmet akdiyle eşdeğer kabul ettiği için, müste'min bir kimsenin yol keserek mal yağmalamasını hirâbe suçu kapsamında değerlendirir ve suçun mağdurunu da bu çerçevede belirlemeye çalışır.³⁵³

Hanefîler dışındaki İslam hukukçularına göre, Müslüman, zimmi ve müste'min bu suçun mağduru olabilir.³⁵⁴ Hanefî hukukçulara göre ise, bu suçun mağduru ancak Müslüman ve zimmi olabilir. Suçun müste'min bir kimseye karşı işlenmesi halinde ise, hirâbe suçundan değil, müste'minle İslam devleti arasındaki eman sözleşmesinin ihlaline yönelik bir suçtan bahsedilir ve suçlu da ta'zîren cezalandırılır.³⁵⁵

İslam hukukçularının, hirâbe suçuna ilişkin yasak hükmünün düzenlendiği ceza normu ve diğer ölçütler çerçevesinde suç tipini tespit çabaları, esasında bu suçun mağdurunu ya da mağdurlarını tespit çabasından başka bir şey değildir. Zira geçen paragraflarda ortaya koymaya çalıştığımız şekliyle, bütün görüş farklılıkları, bu suçun tipiklik unsuru ve uyumsuzluğu içeren normda öngörülen yaptırım türlerinin uygulanabilirliği noktasında odaklanmaktadır. Bu bağlamda söz konusu suçun, normda tanımlanan tipe uygun olması ve bu suça yine aynı normda öngörülen yaptırımlardan birinin uygulanabilmesi halinde suçun mağduru, suçtan doğrudan zarar gören kişi/kişiler ve toplumdur. Zira kanun koyucu, söz konusu yasak hükmünü, bir taraftan toplumun menfaatini, bir taraftan da her bir bireyin can ve mal güvenliği içinde seyahat etme serbestiyetini sağlama amacına yönelik olarak düzenlemiştir.

e. Bağy Suçunda Mağdur

İslam Ceza Hukukunda *bağy* suçu; Müslüman bir topluluğun, devlet başkanının iktidardan uzaklaştırılması amacı veya bu iktidarın yasama, yürütme ve yargıya ilişkin bazı düzenlemelerinin hukuken geçersizliği iddiası ile belli bir güç kullanarak, devlete karşı fiilen isyan etmeleridir.³⁵⁶ Bu amaç ve iddia doğrultusunda girişilen fiilî-şiddet eylemi, devletin birliğini bozmak ve devletin egemenliği altında

³⁵³ el-Kâsânî, IX, 188.

³⁵⁴ eş-Şâfiî, XII, 571; el-Hurâşî, VIII, 104.

³⁵⁵ el-Kâsânî, IX, 162; İbnu'l-Humâm, V, 177.

³⁵⁶ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 51; er-Râfiî, XI, 78; İbn Cuzeyy, 355; İbn Nuceym, V, 235; el-Buhûtî, VI, 161.

bulunan topraklardan bir kısmını devlet idaresinden ayırma amacı güttüğü için doğrudan toplum aleyhine işlenmiş bir suç olarak kabul edilir. Esasen söz konusu suçu -klasik kaynakların bir kısmında hadler kapsamında ele alınmamasına rağmen- had cezasını gerektiren suçlar bölümünde incelememizin sebebi, ihlal edilen hukukî değerın doğrudan toplumla ilgili olmasıdır. Diğer taraftan söz konusu suçun mağdurunun belirlenmesi, ihlale konu olan normda belirtilen suçun unsurlarının tespiti ve yine aynı normda öngörülen yaptırımın uygulanabilirliği ile doğrudan ilgilidir.

İslam hukukçularının, söz konusu ihlale ilişkin yasak hükmünün kapsamını tespit bağlamında ortaya koydukları ilk şart, isyan eyleminin, isyancılarca meşrû/hukukî kabul edilen bir te'vîle dayandırılmasıdır.³⁵⁷ Pozitif hukuk açısından ele alındığında, bir icthad olarak ortaya çıkan te'vîlin, hukuken bir değerinin olmaması gerekmektedir. Zira günümüz pozitif hukuk sisteminde, yasama, yürütme ve yargıya ait yetkinin kimlere ait olduğu ve bu yetkilerin hukuka uygun biçimde kullanılıp kullanılmadığını denetleyen kurumların hangileri olduğu bellidir.³⁵⁸ Bu bakımdan Pozitif hukuk sisteminde, söz konusu yetkilendirme, te'vîlin hukukîliğini belirleme ölçütüdür. Bir diğer ifadeyle, te'vîlin geçerliliği, ona yetkili kimse tarafından ve hukukun öngördüğü çerçevede yapılmasıyla mümkün olur. Klasik fıkıh doktrininde, hukuk normlarının pozitif düzeyde uygulanabilirliği ise, söz konusu normun icmâa ve yargı kararlarına konu olması ile mümkündür.³⁵⁹ Pozitif hukuk açısından ele alındığında, isyan gerekçesi olan te'vîlin, anayasal düzen karşıtı bir yorum olarak ortaya çıktığı ve dolayısıyla hukuken geçersiz olduğu söylenebilir. Ancak İslam hukukçuları, söz konusu te'vîli, benzer nitelikli suçların(hirâbe ve bağy) farklı tipte tanımlanmasında temel bir ölçüt olarak değerlendirmişlerdir. Kısaca ifade etmek gerekirse, bağy/isyan suçundan ve bu suçun mağdurundan bahsedebilmenin öncelikli şartı, söz konusu te'vîlin varlığıdır.

İslam hukukçuları, isyan suçuna ilişkin normda öngörülen yaptırımın uygulanabilmesi için, isyancıların, devlet başkanının askeri güç kullanmasını zorunlu

³⁵⁷ el-Kâsânî, IX, 544; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 51; er-Râfî, XI, 78; İbn Cuzeyy, 355; eş-Şirbinî, V, 400.

³⁵⁸ Bilge, 99.

³⁵⁹ Türcan, 211.

kılacak ölçüde bir güce(menea) sahip olmalarını şart koşmuşlardır.³⁶⁰ Ayrıca Şâfîî hukukçulardan bazısına göre, isyancıların, belirli bir güce sahip olmakla birlikte bir lider etrafında örgütlenmiş olmaları gerekmektedir.³⁶¹ İsyancıların belirtilen nitelikte bir güce sahip olmamaları durumunda ise, devletin bütünlüğü ve mevcut hukuk düzeni açısından herhangi bir tehdit unsurunun olmadığı gerekçesiyle, isyancılar öldürülmeyip ta'zîren cezalandırılırlar. Bu durumda had cezasını değil, ta'zîr cezasını gerektiren bir suçtan ve bu suçun mağdurundan bahsedilebilir.

İslam hukukçularının, söz konusu suçun kapsamı ve ilgili normda öngörülen yaptırımın uygulanabilirliğini tespit bağlamında farklı görüşler ortaya koydukları bir diğer husus da *devlet başkanının adilliği ve isyanın haklı bir gerekçeye dayandırılması* sorunudur. Hanefîlere göre, söz konusu bağlamda devlete karşı isyan suçu, *âdil olan bir veliyyü'l-emrin hak olan emirlerine karşı yapılan bir muhalefet ve isyandan ibarettir*.³⁶² Buna göre, zulüm-kâr bir hükümdarın azlini istemek ve emirlerine muhalefet göstermek, söz konusu norm kapsamında değerlendirilemez.³⁶³ Diğer İslam hukukçularına göre ise isyan suçu, *ehl-i adlin (mevcut otoriteyi ve düzeni benimseyenler) devlet başkanına itaatten kaçınma ve onu iktidardan indirme girişimidir*.³⁶⁴ Bu bağlamda, icmaa konu olmuş hükümlerde -zalim bile olsa- devlet başkanına itaat bir yükümlülük ifade eder. Ancak Hanbelî hukukçulara göre, haklı bir gerekçeyle de olsa, devlet başkanına fiilî eylemde bulunan kimseler, söz konusu normda tanımlanan suçtan sorumlu tutulurlar.³⁶⁵ Söz konusu sorun bağlamında ortaya konan görüş farklılıklarının, İslam hukuk normlarının pozitif düzeyde uygulanabilirliğinin günümüzdeki şekilde sağlanamadığı ve hukukî düzenlemelerin, siyaset gibi diğer sosyal olgulardan etkilendiği teziyle açıklanabilir gözükmektedir.

İslam hukukçularının çoğunluğuna göre, devlet başkanı, isyanı bastırma girişiminde bulunmadan önce, isyancılara elçi göndererek söz konusu uyuşmazlığı uzlaşma zemininde çözmeye çalışmakla ve kendilerini mevcut düzene uymaya çağırarakla yükümlüdür. Diğer taraftan isyancıların fiilî-şiddet eylemine başvurmadıkları sürece, devlet başkanının onlara saldırması, söz konusu

³⁶⁰ el-Mâverî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XIII, 101; el-Kâsânî, IX, 544; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 51; er-Râfîî, XI, 78; İbnu'l-Humâm, V, 334; el-Buhûtî, VI, 161.

³⁶¹ el-Mâverî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XIII, 101.

³⁶² el-Kâsânî, IX, 544.

³⁶³ İbn Âbidîn, IV, 261.

³⁶⁴ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 48; eş-Şirbinî, V, 399; el-Hurâşî, VIII, 60.

³⁶⁵ el-Buhûtî, VI, 161.

uyuşmazlığın çözümüne ilişkin hukukun ihlali anlamına gelir.³⁶⁶ Zira isyan suçuna ilişkin yasak hükmünü içeren normda öngörülen yaptırımın uygulanması, yine aynı normda öngörülen uzlaşma³⁶⁷ tercihinin terkine ve fiilî-şiddet eyleminin varlığına bağlanmıştır. Bu durumda, bir te'vîle istinaden mevcut hukuk düzenine uymaktan kaçınanlar, fiilî eylemde bulunmadıkları sürece isyankâr olarak değerlendirilmezler ve kendilerine de ilgili normda öngörülen yaptırım uygulanmaz. Hanefî hukukçulara göre ise, devlet başkanı isyancılarla uzlaşma zemini aramakla yükümlü değildir. Diğer taraftan devlet başkanı, isyancıların fiilen eyleme geçmelerini beklemeksizin onlara saldırabilir ve normda öngörüldüğü şekliyle onları öldürebilir.³⁶⁸ Zira bu durumda, fiilî-şiddet eylemi olmamakla birlikte, devletin bütünlüğüne yönelik tehdit içeren bir oluşumun varlığı söz konusudur. Hanefî hukukçularının görüşleri esas alındığında, devletin bütünlüğünü tehdit eden bir oluşumun varlığı halinde –fiilî şiddet eylemi olmasa bile- bağy suçundan ve bu suçun mağdurundan bahsedilir.

İslam Ceza Hukukunda devlete karşı işlenen isyan suçunun mağdurunu tespitte bir diğer unsur da fiilî isyan halindeki isyancıların hukukî ve cezaî sorumluluklarıdır. Bütün İslam hukukçularına göre - Şâfiîlerden nakledilen bir görüş dışında³⁶⁹ – isyancılar, çarpışma esnasında öldürdükleri kimselerden ve telef ettikleri mallardan dolayı ayrıca cezalandırılmazlar. Bir diğer ifadeyle isyanın bastırılması ve isyancıların esir alınması durumunda, çarpışma esnasında öldürdükleri kimselerden dolayı kısasen cezalandırılmazlar ve ayrıca telef ettikleri mallardan dolayı tazminle yükümlü değildirler.³⁷⁰ Bu bağlamda devlete karşı isyan suçunun mağduru sadece toplumdur. Diğer taraftan İslam hukukçularının, esirlere uygulanacak yaptırımlara ilişkin farklı yaklaşımlar ortaya koymaları da bu tespiti değiştirmez. Zira söz konusu suçun mağdurunu tespitte belirleyici unsur, esirlere uygulanacak yaptırımın türü değil, bu yaptırımın her durumda kamusal bir yaptırım olarak uygulanmasıdır.

Özetle ifade etmek gerekirse; İslam hukukçularının, söz konusu suçun unsurlarına ilişkin ortaya koydukları şartların varlığı halinde mağdur, sadece

³⁶⁶ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 50; er-Remlî, VII, 406; el-Buhûtî, VI, 162; el-Huraşî, VIII, 60.

³⁶⁷ “ve eğer mü'minlerden iki tafe çarpışırlarsa, hemen aralarını bulun...” (Hucurat: 49/9)

³⁶⁸ el-Kâsânî, IX, 545; İbnu'l-Humâm, V, 339.

³⁶⁹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 58; İbnu'l-Humâm, V, 339; eş-Şirbinî, V, 403.

³⁷⁰ el-Kâsânî, IX, 547; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 58; İbn Cuzeyy, 355; İbnu'l-Humâm, V, 339; eş-Şirbinî, V, 403; er-Remlî, VII, 405; el-Huraşî, VIII, 61.

toplumdur. Zira bu suçla ilişkin düzenlemeyle korunmak istenen hukukî değer, devletin bütünlüğünün korunmasıdır.

f. İrtidat Suçunda Mağdur

İslam Ceza Hukukunda *irtidat* suçu; *Müslüman bir kimsenin, açıkça İslam dinini terk edip başka bir dini tercih ettiğini belirtmesi ya da küfrü gerektiren bir söz sarf etmesi veya küfrü ihtiva eden bir davranışta bulunması*,³⁷¹ şeklinde tarif edilmektedir. Bu suçun bir ceza normu olarak düzenlenmesi, İslam Ceza Hukukuna yön veren ve İslamın öncelikle korumayı amaçladığı beş temel değerden (zarûriyyât) biri olan *dinin korunması* ilkesiyle ilgilidir. Zira dinin korunması, dine varlık kazandırma açısından inanç esasları ve ibadetlerin temellesidirilmesiyle olabileceği gibi, dine yönelen zararların giderilmesi açısından da cihadın farz kılınması, zındıklarla mücadele edilmesi ve mürtedlerin (dinden dönenlerin) öldürülmesi şeklinde olabilmektedir.³⁷² İslam Ceza Hukukunda dinin hukuken korunan bir değer olması, bir diğer ifadeyle dinin korunmasına ilişkin düzenlemenin varlığı, özellikle dine yönelen zararların ağır yaptırımlar içeren ceza normlarıyla giderilmesi amacına yöneliktir. İrtidat suçunun varlığını ve bu suçun mağdurunu belirleyebilmek için, suçun oluşumu ile suça öngörülen yaptırımın uygulanabilirliğine ilişkin şartların ve suçun ne şekilde sabit olacağının tespiti bir zorunluluktur. Ayrıca suçun sabit olduktan sonra uygulanacak yaptırımın niteliği de mağdurun belirlenmesinde temel bir ölçüttür.

İslam hukukçuları, irtidat fiilinin, bu fiile ilişkin yasak hükmünü içeren norm kapsamında değerlendirilebilmesi ve ceza hukuku açısından hukukî sonuçlar doğurabilmesi için, bu suçun fâiline/mürtede ilişkin bir takım şartlar ortaya koymuşlardır. İmâm Şâfiî (ö.204/820) ve Hanefîlerden Ebû Yûsuf (ö.182/798) dışındaki İslam hukukçularına göre, söz konusu fiilin suç olarak değerlendirilebilmesi ve hukukî sonuçlar doğurabilmesi için, fâilin akıllı ve mümeyyiz olması yeterli olup ergenlik çağına gelmiş olması şart değildir.³⁷³ Ancak

³⁷¹ İbn Cuzeyy, 356.

³⁷² Pekcan, Ali, *İslam Hukukunda Gaye Problemi*, Rağbet Yayınları, İstanbul 2003, 155–167.

³⁷³ el-Kayravânî, Ebû Muhammed Abdullah b. Abdurrahman Ebû Zeyd, *en-Nevâdiru'z-Ziyâdât alâ mâ fi'l-Mudevvene min Gayrihâ mine'l-Ümmehât*, I-XV, Tahkîk: Muhammed Haccî, Dâru'l-Garbi'l-İslâmî, Beyrut 1999, XIV, 500; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 85; el-Buhûtî, VI, 168; İbn Âbidîn, IV, 224.

ergenlik çağına gelmemiş kişinin henüz cezaî ehliyetinin olmaması, ergenlik çağına gelinceye kadar kendisine had cezasının uygulanmasına engeldir. Bu durum normda öngörülen cezanın belirli bir süre ertelenmesiyle ilgili olup, mağduriyetin tespitinde herhangi bir farklılık ortaya koymamaktadır. Buna göre, akıllı ve mümeyyiz bir çocuğun dinden çıkması hukuken geçerli olur ve dolayısıyla bu suçun mağdurundan bahsedilebilir. İmam Şâfiî ve Ebû Yûsuf'a göre ise, söz konusu fiilin hukukî sonuç doğurabilmesi, ancak fâilin ergenlik çağına gelmiş akıllı bir kimse olmasıyla mümkündür.³⁷⁴ Bu durumda akıllı ve ergenlik çağına gelmemiş bir kimsenin İslam dinini terk ettiğini söylemesi veya dinin terki anlamına gelecek söz ve fiillerde bulunması, suç olarak değerlendirilmez ve dolayısıyla bu suçun mağdurundan bahsedilemez.

İslam hukukçularının suçun oluşumuna ilişkin farkı görüşler ortaya koydukları bir diğer husus da fâilin sarhoş olmasına ilişkindir. Mâlikî ve Şâfiî hukukçular ile Hanbelîlerde tercih edilen görüşe göre, aklî düşünme kabiliyetini yitirmiş derecede bile olsa, sarhoş kişinin tasarrufu, söz konusu fiilin suç olarak değerlendirilmesi ve ilgili normda öngörülen yaptırımın uygulanabilmesi açısından hukuken geçerlidir.³⁷⁵ Ancak sarhoş kimseye, normda belirlenen yaptırımın/ölüm cezasının uygulanabilmesi için, kendine geldikten sonra tövbe teklif edilmesi ve onun da bu teklifi reddetmiş olması gerekmektedir. Hanefîlere ve Hanbelî mezhebindeki zayıf görüşe göre ise, sarhoş kimsenin dinden dönmeye ilişkin tasarrufları hukukîlik açısından deli kimsenin tasarrufları gibidir ve söz konusu norm bağlamında ihlalin konusu olamaz.³⁷⁶ Buna göre, sarhoş bir kişinin İslam dininden döndüğünü söylemesi veya küfrü gerektirecek tasarruflarda bulunması halinde irtidat suçundan ve bu suçun mağdurundan bahsedilemez.

İslam hukukçularının, suç fâiline ilişkin farklı görüşler ortaya koydukları bir diğer husus da cinsiyet-yaptırım ilişkisidir. Hanefîler dışındaki İslam hukukçularına göre, normda öngörülen yaptırımın uygulanabilirliği açısından suç fâilinin kadın veya erkek olması arasında her hangi bir fark yoktur.³⁷⁷ Buna göre söz konusu fiil

³⁷⁴ el-Kâsânî, IX, 526; eş-Şirbinî, V, 432.

³⁷⁵ eş-Şâfiî, XII, 595; el-Mâverdî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XIII, 175; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 99; el-Huraşî, VIII, 71.

³⁷⁶ el-Kâsânî, IX, 526; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 99; İbn Âbidîn, IV, 224.

³⁷⁷ eş-Şâfiî, XII, 596; el-Kayravânî, XIV, 495; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 72; er-Râfiî, XI, 114; el-Buhûtî, VI, 174; el-Huraşî, VIII, 65.

ister erkek ister kadın tarafından işlensin, her iki durumda da had cezasını gerektiren irtidat suçundan ve bu suçun mağdurundan bahsedilir. Hanefî hukukçulara göre ise, İslam dinini terk ettiğini söyleyen ya da küfrü gerektirecek tasarruflarda bulunan kadına had/ölüm cezası uygulanmaz, ancak kadın ölünceye veya tekrar İslama dönünceye kadar hapsedilir.³⁷⁸ Buna göre, bir kadının irtidat suçunu işlemesi durumunda had cezasını değil, ta'zîr cezasını gerektiren irtidat suçundan ve bu suçun mağdurundan bahsedilebilir.

İslam hukukçularının farklı görüşler ortaya koydukları bir diğer husus ise, normda öngörülen yaptırımın uygulanabilirlik şartına ilişkindir. Hanefî hukukçular dışındaki İslam hukukçularına göre, İslam dinini terk eden kişiye tövbe teklif edilmesi ve tekrar İslam dinine dönmesi istenmesi devlet başkanı açısından bir yükümlülüktür.³⁷⁹ Buna göre, normda öngörülen yaptırımın uygulanabilirliği ancak tövbenin reddi durumunda mümkün olur. Aksi halde dinden dönen kişinin, tövbe teklif edilmeksizin veya tövbe için öngörülen sürenin(3 gün) bitmesi beklenmeksizin öldürülmesi durumunda had cezasını değil, ta'zîr cezasını gerektiren irtidat suçundan ve bu suçun mağdurundan bahsedilebilir. Zira tövbe için öngörülen süre zarfında suçlu ta'zîren hapsedilmektedir. Hanefî hukukçulara göre ise, dinden dönen kişiye tövbe teklif edilmesi devlet başkanı açısından bir yükümlülük değildir.³⁸⁰ Zira Müslüman kişi Müslüman olduğu zaman bu daveti almıştır. Bu sebeple dinden dönen kişinin ikinci kez İslama davet edilmesi bir yükümlülük değildir. Buna göre, suçun işlendiği andan itibaren had cezası uygulanabilir ve bu suçun mağdurundan bahsedilebilir.

İslam Ceza Hukukunda, irtidat suçunun mağdurunu tespit bağlamında en belirleyici unsur, söz konusu ihlalin ispatı ve bu ihlale öngörülen yaptırımın infazına ilişkindir. İslam hukukçularının büyük çoğunluğuna göre irtidat suçu, hukuk düzeninin öngördüğü sıfatlara sahip iki kişinin, Hasan el-Basrî (ö.110/728)'ye göre ise dört kişinin şahitliği ile sabit olmaktadır.³⁸¹ İrtidat suçunun bütünüyle bir kamu davası şeklinde yargı konusu edilmesi, bu suçla ihlal edilen hukukî değerlerin tek tek bireyleri değil bir bütün olarak İslam toplumunu ilgilendirdiği ve dolayısıyla bu

³⁷⁸ el-Kâsânî, IX,532; İbnu'l-Humâm, V, 310; İbn Nuceym, V,217.

³⁷⁹ eş-Şâfiî, XII, 595; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 74; eş-Şirbinî, V, 436; el-Huraşî, VIII, 65.

³⁸⁰ el-Kâsânî, IX, 530; İbnu'l-Humâm, V, 310.

³⁸¹ el-Mâverî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XIII, 177; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 94; İbn Nuceym, V, 213; eş-Şirbinî, V, 433;.

suçun mağdurunun İslam toplumu olduğunu ortaya koymaktadır. Diğer taraftan ihlale ilişkin normda öngörülen yaptırımın sadece devlet başkanı veya onun yetkilendirdiği kimseler tarafından uygulanması da³⁸² bu suçun mağdurunun İslam toplumu olduğunu göstermektedir. Zira bu yaptırımı uygulama yetkisi, sadece temsil edilen topluluk adına kullanılabilir.

g. İçki İçme Suçunda Mağdur

Bir bütün olarak İslam hukukunun öncelikle korumayı amaçladığı temel değerlerden biri de akıldır. Zira insan -özellikle ceza hukukunda- bu değer varlığıyla hukuk düzeninin muhatabı olabilmektedir. İslam Ceza Hukuku açısından aklın korunması, alkollü içki ve uyuşturucu madde kullanımına ilişkin yasak hükmünü içeren ve kamusal bir yaptırımla desteklenen norm/ceza normu yoluyla. Söz konusu normun ihlali sonucu ortaya çıkacak mağduriyetin şartları ve kapsamına ilişkin tespitlerde bulunabilmek için de öncelikle ihlale ilişkin şartlar ve normun geçerlilik alanı ile normda öngörülen yaptırımın niteliği ve uygulama şekline ilişkin düzenlemelerin belirlenmesi gerekmektedir.

Hanefîler dışındaki İslam hukukçularına göre, *hamr* terimiyle ifade edilen içki ile sarhoşluk veren diğer bütün maddelerin -az ya da çok miktarda- tüketimi, söz konusu norm kapsamında değerlendirilir ve bu maddeleri tüketen kişi de had cezasıyla cezalandırılır³⁸³. Hanefîlerde ise haddin konusu, *hadd-i şürib* (içme haddi) ve *hadd-i sekr* (sarhoşluk haddi) olmak üzere iki farklı şekilde ele alınmaktadır. Hadd-i şüribin konusu, yani sadece içilmesiyle haddin konusu olan madde, *hamr* terimiyle ifade edilen içki türüdür. Buna göre söz konusu maddeyi tüketen kimse -az ya da çok tüketmesine bakılmaksızın- normda öngörülen had cezasıyla cezalandırılır. Hadd-i sekrin konusu ise, *hamr* dışında kalan ve sarhoşluk veren diğer maddelerdir. Hanefîler göre, *hamr* dışında kalan bu maddelerin haddin konusu olması, ancak sarhoşluk verecek miktarda tüketilmeleriyle mümkündür. Bunun aksine olarak, *hamr* dışında kalan bu maddeleri az miktarda tüketen kimse suçlu

³⁸² el-Merdâvî, X, 150.

³⁸³ el-Berâziî, IV,499; el-Mâverdî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XIII, 376 ve 387; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 324; el-Huraşî, VIII, 108.

olarak değerlendirilemez.³⁸⁴ Kısaca ifade etmek gerekirse; İslam hukukçularının çoğunluğuna göre, sarhoşluk veren bütün maddelerin az ya da çok miktarda tüketilmesi halinde had cezasını gerektiren içki içme suçundan ve bu suçun mağdurundan bahsedilir. Hanefîlere göre ise, miktarı dikkate alınmaksızın hamr ile sarhoşluk verici diğer içki maddelerinin sarhoşluk verecek miktarda tüketilmesi halinde had cezasını gerektiren içki içme suçundan ve bu suçun mağdurundan bahsedilebilir.

İslam hukukçularının çoğunluğuna göre, söz konusu yasak hükmünün muhatabı sadece Müslümanlardır. Buna göre, zimmî veya müste'min bir kimsenin sarhoşluk veren maddeleri içmesi suç oluşturmaz ve dolayısıyla mağduriyetten bahsedilemez.³⁸⁵ Hasan b. Ziyâd (ö.204/819) ve İbn Hazm (ö.456/1063)'a göre ise, söz konusu yasak hükmü İslam ülkesinde yaşayan zimmîleri de kapsamaktadır.³⁸⁶

İçki içme suçunda mağduriyeti belirleme ölçütlerinden bir diğeri de yasak hükmünün yer bakımından geçerlilik alanına ilişkindir. Hanefî hukukçulara göre, söz konusu yasak hükmünün geçerlilik alanı, sadece İslam devlet başkanının hâkimiyet alanıyla sınırlıdır.³⁸⁷ Buna göre küfür beldesinde veya isyancıların hâkimiyeti altındaki beldelerde içki içen bir Müslümana had cezası öngörülemez ve bu suçla ilişkin mağduriyetten bahsedilemez. Diğer İslam hukukçularına göre ise, bahse konu yasak hükmü *fâile göre şahsîlik ilkesine* bağlı olarak küfür beldesinde ve isyancıların hâkimiyeti altındaki bölgelerde de geçerlidir.³⁸⁸ Buna göre İslam ülkesine dışında söz konusu ihlalin varlığı halinde mağduriyetten bahsedilebilir.

İslam hukukçularının, söz konusu fiilin suç olarak tanımlanabilmesi bağlamında ortaya koydukları bir diğer ölçüt de yasak hükmünün fâil tarafından biliniyor olmasıdır. Buna göre, yeni Müslüman olmuş kimse ile içtiği şeyin sarhoşluk veren bir madde olduğunu bilmeyerek tüketen kimse suçlu olarak değerlendirilmez³⁸⁹ ve dolayısıyla bu suçun mağdurundan bahsedilemez.

³⁸⁴ el-Kâsânî, IX, 213. Ayrıca bkz. Şafak, Ali, *Mezheblerarası Mukâyeseli İslam Ceza Hukuku*, Atatürk Üniversitesi Basımevi, Erzurum 1977, 156.

³⁸⁵ el-Kâsânî, IX, 214; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 330; el-Huraşî, VIII, 108; İbn Cuzeyy, 353; eş-Şirbinî, V, 517; el-Buhûfî, VI, 118.

³⁸⁶ İbn Hazm, XII, 376.

³⁸⁷ el-Kâsânî, IX, 520.

³⁸⁸ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 69.

³⁸⁹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X,327; el-Merdâvî, X, 231; eş-Şirbinî, V,517; İbn Âbidîn, IV, 39.

İslam Ceza Hukukunda, kamusal bir hakkın ihlali olarak düzenlenen içki içme suçu, hukuk düzeninin öngördüğü sıfatlara sahip iki şahidin şahitliği ya da suçlunun ikrarı ile yargı konusu edilmektedir.³⁹⁰ Ayrıca suçun varlığı ve normda öngörülen yaptırımın uygulanmasına hükmedilmesi halinde ise, söz konusu yaptırım, sadece devlet başkanı veya onun yetkilendirdiği kimseler tarafından infaz edilebilmektedir.³⁹¹ Bu iki husus dikkate alındığında, içki içme suçunun mağdurunun toplum olduğu anlaşılmaktadır. Zira İslam Ceza Hukukunda mağduru toplum olan ve dolayısıyla kamu davası yoluyla yargı konusu edilen suçlara öngörülen yaptırımlar, devlet başkanı tarafından uygulanmaktadır.

3. Ta'zîr Cezasını Gerektiren Suçlarda Mağdur

İslam Ceza Hukukunda, ihlaline ceza yaptırımı öngörülen normlar, cezası nasslarla (Kur'an ve Sünnetle) belirlenen normlarla sınırlı değildir. Ceza yaptırımına konu olan normlar açısından İslam Ceza Hukuku düzenini bir bütün olarak değerlendirdiğimizde, yasak hükümlerine ilişkin düzenlemelerin ve bu düzenlemelere öngörülen yaptırımların şu şekilde tespit edilebilmektedir: a) Yasak hükmünün ve bu yasak hükmüne öngörülen yaptırımın nasslar yoluyla belirlendiği ceza normları (kisas ve had cezasını gerektiren suçlar), b) Yasak hükmünün nasslarla, ancak bu yasak hükmüne öngörülen yaptırımın devlet başkanı eliyle veya hâkimin ichtihadıyla belirlendiği ceza normları(suçun unsurlarının bütünüyle teşekkül etmediği veya hukukî bir engel sebebiyle kisas ve hadd cezalarının uygulanamadığı suçlar), c) Yasak hükmünün ve yasak hükmüne öngörülen yaptırımın, kanun koyma yetkisine sahip olan devlet başkanı eliyle düzenlendiği ceza normları. Bu tasnifte belirlendiği şekilde, yasak hükmü nasslarla belirlensin ya da belirlenmesin, yaptırımın devlet başkanı eliyle ya da hâkimin ichtihadıyla belirlendiği suçlar, İslam Ceza Hukukunda *ta'zîr cezasını gerektiren suçlar* olarak ele alınmaktadır.³⁹² Ayrıca yasak hükmünün ve bu yasak hükmüne öngörülen yaptırımın nasslarda belirlendiği

³⁹⁰ el-Mâverdî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XIII, 408; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 329; en-Nevevî, *Ravdatu't-Tâlibîn*, VIII, 485; İbn Cuzeyy, 353; el-Buhûfî, VI, 118.

³⁹¹ el-Merdâvî, X, 150.

³⁹² el-Mâverdî, *el-Ahkâmü's-Sultâniyye*, 386; el-Kâsânî, IX, 270; en-Nevevî, *Ravdatu't-Tâlibîn*, VIII, 487; İbn Ferhûn, II, 217; eş-Şirbînî, V, 522; el-Buhûfî, VI, 121; İbn Âbidîn, IV, 59. Ayrıca bkz. Yazır, V, 141; Karaman, I, 197; Ansay, Sabri Şakir, *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, 328; Bardakoğlu, DİA, VII, 473.

suçlarda da nassla belirlenen suça ek olarak ta'zîr nevinden bir yaptırımın uygulanıp uygulanamayacağı konusunda İslam hukukçuları farklı görüşler ortaya koymuşlardır.

Yasak hükmünün ve bu yasak hükmüne öngörülen yaptırımın nassla belirlendiği kısas suçlarında, suçun kasten işlenilmesi koşuluna bağlı olarak İmâm Mâlik (ö.179/795) -kısasen öldürülme cezası dışında- kısasla birlikte ta'zîr cezasının da uygulanmasını gerekli görmektedir. Buna göre, kasten öldürmede af ve sulh yoluyla kısasın düştüğü durumlar ile müessir fiillerde kısasın uygulandığı ya da af ve sulh yoluyla düşürüldüğü durumlarda fâile, devlet başkanının veya hâkimin belirleyeceği ta'zîr cezası da uygulanır.³⁹³ Af ve sulhun varlığına rağmen ta'zîre hükmeden İmâm Mâlik'in bu görüşü esas alındığında, söz konusu yaptırımların bir arada bulunması, bu suçların mağdurunun suça maruz kalan şahısla birlikte toplum olduğunu göstermektedir. Cumhûrun görüşüne göre ise, ceza normlarının ihlaline öngörülen aslî yaptırımların yanında ta'zîre hükmetmek, devlet başkanı açısından bir yükümlülük değil, haktır. Dolayısıyla devlet başkanı, toplum menfaatinin varlığını esas alarak, suçlara öngörülen aslî yaptırımların yanında ayrıca ta'zîr cezasına da hükmedebilir.³⁹⁴ Bu görüş esas alındığında, söz konusu suçlarda mağduriyetin sınırları, hâkimin ictihadiyle belirlenebilecektir. Bu bağlamda hâkimin, diyet, af veya sulhun varlığına rağmen ta'zîr cezasına hükmetmesi, bu suçun mağdurunun, kendisine karşı suç işlenen kişiyle birlikte toplum olduğunu ortaya koymaktadır.

İslam Ceza Hukukunda, yasak hükmünün nassla ancak bu yasak hükmüne öngörülen yaptırımın devlet başkanı eliyle ya da hâkimin ictihadiyle belirlendiği suçlar ise, kendi cinsinden olan fiillere had veya kısas cezası konulduğu halde, kendisi hakkında had ve kısas cezası konulmayan suçlardır.³⁹⁵ Söz konusu suçlarda had veya kısasın değil, ta'zîrin uygulanma sebebi ise, suçun unsurlarının bütünüyle teşekkül etmemiş olmasıdır. Örneğin İslam hukukçuları mala karşı işlenen suçların had cezasını gerektiren norm kapsamında değerlendirilebilmesi için -had cezasını

³⁹³ İbn Ruşd, IV, 1664; İbn Cuzeyy, 340; İbn Ferhûn, II, 218. Ayrıca bkz. Dağcı, 166.

³⁹⁴ Örneğin İslam devlet başkanı, recm/ölüm cezasını gerektirmeyen cinsel nitelikli suçların tekrar işlenmesi halinde, söz konusu suçun fâilini, toplum maslahatını ihlal ettiği gerekçesiyle ta'zîren öldürebilir. bkz. İbn Âbidîn, IV, 62-63. Hanbelîlere göre, ceza normlarında öngörülen -kısasen katl dışındaki- aslî yaptırımların caydırıcı olmaması durumunda, toplum maslahatını temin maksadıyla suçluya ta'zîren ölüm cezası verilebilir. Bkz. el-Buhûtî, VI, 124. Şâfiîlerde zâhir olan görüşe göre, şahsî dava yoluyla yargı konusu edilebilen uyuşmazlıklarda (kazf suçu gibi), mağdurun dava açmaması ya da suçluyu affetmesi durumunda devlet başkanının, toplum menfaatinin ihlali gerekçesiyle ta'zîr cezasına hükmetme yetkisi vardır. Bkz. el-Mâverdî, *el-Ahkâmu's-Sultâniyye*, 388.

³⁹⁵ el-Kâsânî, IX, 217-218; İbn Cuzeyy, 340; İbn Ferhûn, II, 218; İbn Muflih, VII, 402; el-Buhûtî, VI, 121; İbn Âbidîn, IV, 67.

gerektiren hırsızlık suçu bahsinde belirlendiği şekliyle- bir takım şartlar öne sürmüşlerdir. Söz konusu şartların gerçekleşmesi durumunda, mala karşı işlenen suçlara had cezası öngörülürken, bu şartların gerçekleşmemesi durumunda ise ta'zîr cezası öngörülmektedir.³⁹⁶ Aynı şekilde İslam hukukçuları, cinsel nitelikli suçların had cezasını gerektiren norm kapsamında değerlendirilebilmesini -ilgili bölümde ayrıntılı olarak ifade edildiği şekliyle- bir takım şartlara bağlamışlardır. Söz konusu şartların gerçekleşmemesi durumunda suçluya ta'zîr cezası öngörülmektedir.³⁹⁷ Bahsedilen durumlarda ta'zîr cezasının, kamu haklarının ihlaline ilişkin bir yaptırım olarak düzenlenmesi, bu suçların mağdurunun kimi durumlarda toplum (cinsel ilişki suçlarında olduğu gibi), kimi durumlarda da (had cezasını gerektirmeyen hırsızlık suçunda olduğu gibi) toplumla birlikte suçun kendisine karşı işlendiği kimse olduğunu gösterir.

İslam Ceza Hukukunda, İslamın genel ilke ve gayelerine aykırı olmamak kaydıyla, hakkında yasak hükmü bulunmayan konularda, İslam devlet başkanına yasama yetkisi tanınmıştır. Söz konusu yetki çerçevesinde İslam devlet başkanı, kamu yararı ve hukuk düzeninin tesisi amacıyla, nasslarda belirlenmemiş yeni ceza normları düzenleyebilmektedir.³⁹⁸ Ta'zîr cezasını gerektiren suçlar kapsamında değerlendirilen bu düzenlemelerin ihlali, öncelikte toplumun mağduriyetini ortaya çıkarmaktadır.

Kısaca ifade etmek gerekirse, had ve kısas cezalarının dışında bir yaptırımın konusu olan suçları ifade eden ta'zîr suçlarının mağduru çoğu durumda, öncelikle toplum olarak belirlenmektedir. Ancak suçun ağırlıklı olarak kul hakkını ihlal ettiği durumlarda mağdurun tespiti, İslam hukukçularının çoğunluğuna göre, hâkimin ictihadıyla yapılabilmektedir.

³⁹⁶ el-Mâverîdî, *el-Ahkâmü's-Sultâniyye*, 387; İbn Ferhûn, II, 218; eş-Şirbînî, V, 523. Ayrıca bkz. Aydın, Mehmet Âkif, *İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*, İz Yayıncılık, İstanbul 1996, 262.

³⁹⁷ el-Kâsânî, IX, 186.

³⁹⁸ Cin, Halil ve Ahmet Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, I-II, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul 1995, I, 327.

B. MAĞDURUN RIZASI ile SIFATINA BAĞLANAN HUKUKÎ SONUÇLAR

1. Mağdurun Rızasına Bağlanan Hukukî Sonuçlar

Gerek İslam Ceza Hukuku açısından gerekse Türk Ceza Hukuku açısından mağdurun rızası konusu, öncelikle, *ilgilinin rızası-suçun tipikliği ilişkisi* ve *rızanın ceza sorumluluğuna etkisi* bağlamında ele alınması gereken bir sorundur. İlgilinin rızası-suçun tipikliği ilişkisi bağlamında, her iki hukuk sisteminde de bazı fiillerin -özellikle mal varlığına karşı işlenen fiillerin- suç olarak tanımlanabilmesi veya yaptırıma konu edilebilmesi, bu fiillerin, hak sahibinin rızası hilafına gerçekleştirilmiş olması şartına bağlanmıştır.³⁹⁹ Bu durumda, normda tanımlanan suçun gerçekleşmemiş olması sebebiyle, mağdurun rızasından değil, *ilgilinin* rızasından bahsedilebilir. *Mağdurun rızası* kavramı ise, normda tanımlanan suçun gerçekleşmiş olması, ancak bu normla korunmak istenen hukukî değerın sahibinin rızası sebebiyle, yine aynı normda öngörülen yaptırımın hafifletilmesi ya da uygulanamaması durumunda söz konusu edilebilmektedir.⁴⁰⁰ Mağdurun rızasının, ceza sorumluluğunu bütünüyle ortadan kaldıran hukukî bir işlem olarak kabul edilmesi, Türk Ceza Hukukunun genel ilkeleri arasında zikredilmektedir. Nitekim TCK md. 26/2’de: “Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.” denilmektedir. Bu bağlamda mağdurun rızası, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir unsur olarak değerlendirilmektedir.⁴⁰¹ Diğer taraftan bazı suçların -*kovuşturmanın kamusalılığı* ilkesinden istisna edilerek- soruşturulması ve kovuşturulmasının, suçtan doğrudan zarar gören kişinin/mağdurun şikâyetine bağlanması da mağdurun rızasıyla ilişkilendirilebilir gözükmektedir. Zira söz konusu

³⁹⁹ Örneğin TCK’da hırsızlık suçuna ilişkin düzenlemede (md. 141/1): “*zilyedinin rızası olmadan* başkasına ait taşınır bir malı, kendisine ve başkasına yarar sağlamak amacıyla bulunduğu yerden alan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.” denilmek suretiyle söz konusu fiilin suç sayılması, mal sahibinin rızası hilafına gerçekleştirilmiş olması şartına bağlanmıştır. Yine aynı kanunun çocuk düşürme suçuyla ilgili maddesinde de (md. 99/1): “*rızası olmaksızın* bir kadının çocuğunu düşürten kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” denilerek aynı husus belirtilmiştir. İslam Ceza Hukuku açısından ise, klasik İslam hukuku kaynaklarında, mal varlığına ilişkin suçların tanımları ve bu tanımları oluşturan unsurlar dikkatle incelendiğinde benzer bir durumun varlığı tespit edilebilmektedir. Bkz. el-Kâsânî, IX, 275; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 235; eş-Şirbinî, V, 465; el-Huraşî, VIII, 108.

⁴⁰⁰ Toroslu, 116.

⁴⁰¹ Hakeri, *Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları*, 147.

ilişki sebebiyle bazı yazarlar, mağdurun rızasının geçerlilik alanını, şahsî davaya konu olan suçlarla belirlemektedirler.⁴⁰² İslam Ceza Hukukunda ise mağdurun rızası, klasik kaynaklardan tespit edilebildiği kadarıyla, hukuka uygunluk sebebi olarak değil, ceza sorumluluğunu kısmen veya tamamen kaldıran hukukî bir işlem olarak değerlendirilmektedir. Ancak burada önemle belirtmek gerekir ki, söz konusu kaynaklarda mağdurun rızası konusu başlı başına ele alınan bir sorun olmayıp, *mağdurun affi* konusuyla birlikte değerlendirilmektedir. Diğer taraftan rızaya konu edilebilecek suç tipleri -adam öldürme ve müessir fiiller dışında⁴⁰³ - bir bütün olarak tespit edilmemiş olup, burada mağdurun rızasının hukukî niteliğine ilişkin ilkesel bir çerçevenin belirlenmediği görülmektedir. Bu sebeple biz, İslam Ceza Hukukunda mağdurun rızası konusunu -özellikle adam öldürme ve müessir fiiller dışında kalan suçlarda- ceza normlarıyla korunmak istenen hukukî değer niteliği ve uyumsuzluğun ne şekilde yargı konusu edilebildiğine ilişkin genel ilkelerden hareketle temellendirmeye çalışacağız.

Türk Ceza Hukukunda mağdurun rızasının hukukî bir işlem olarak kabul edilmesi ve hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir unsur olarak değerlendirilebilmesi için bir takım şartlar öngörülmüştür. Bu şartlardan ilki, suç mağdurunun söz konusu rızayı açıklamaya ehil olmasıdır. Rızanın hukukî bir işlem olarak değerlendirilebilmesi ve ceza sorumluluğunu bütünüyle sona erdirebilmesi için, öncelikle rıza açıklamasında bulunan kişinin, ilgili hakkın sahibi olması gerekir. Zira mağdurun rızasının geçerliliği, kişilere sıkı sıkıya bağlı olan haklarla sınırlıdır.⁴⁰⁴ Diğer taraftan rıza açıklamasında bulunan kişinin, fiil ehliyetine sahip olması gerekmektedir. Bu bağlamda küçük ve akıl hastaları ile herhangi bir sebepten dolayı temyiz gücüne sahip olmayan kimselerin rızası hukuken geçersizdir ve cezaî sorumluluğa herhangi bir etkisi söz konusu değildir.⁴⁰⁵ Ancak doktrinde, ihlale ilişkin fiilin önemini ve hukukî sonuçlarını kavrayabilen kişilerin -ergenlik çağına gelip gelmedikleri dikkate alınmaksızın- hukuken geçerli olan rıza beyanında bulunabilecekleri yönündeki görüşler ağırlık kazanmıştır.⁴⁰⁶ Rıza konusu suçla ihlal

⁴⁰² Dönmezer-Erman, II, 75.

⁴⁰³ Söz konusu suç tiplerinde mağdurun rızasına ilişkin bilgiler, klasik kaynakların ilgili bölümlerinden tespit edilebilmektedir.

⁴⁰⁴ Demirbaş, 258;

⁴⁰⁵ Hakeri, *Yeni Ceza Hukukunun Temel Kavramları*, 148; Dönmezer-Erman, II, 71.

⁴⁰⁶ Toroslu, 122.

edilen hakkın birden fazla sahibi bulunması durumunda ise, rızanın hukukî geçerliliği, her bir hak sahibinin rızasıyla mümkündür. Aksi halde fiil, hukuka aykırı olmaya devam edecektir.⁴⁰⁷ Rızanın geçerliliğinin kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarla sınırlı olması sebebiyle, rıza beyanında bulunabilecek kişi sadece suçun mağdurudur. Bu sebeple vesâyet ve velâyet yoluyla yapılan rıza açıklamasının hukuken geçerliliği yoktur. Ceza sorumluluğunu sona erdiren rıza beyanında bulunmaya ehil olanlar, sadece kişisel bir hukukî yarar sahibi gerçek ve tüzel kişilerdir.⁴⁰⁸

Türk Ceza Hukukunda rızanın hukukîliğine ilişkin bir diğer şart ise, rıza açıklamasıdır. Rızaya ehil olan kimsenin, irade beyanını farklı şekillerde açıklaması mümkündür. Söz konusu irade, yazılı ve sözlü olarak açıklanabileceği gibi, açık ve gizli bir biçimde de ortaya konabilir. Diğer taraftan rızanın varlığı, bazen hak sahibinin hal ve tavırları ile bu hal ve tavırların rızanın varlığını kabule elverişli olmasından da anlaşılabilmektedir.⁴⁰⁹ Ayrıca rıza beyanının hile, hata ve ikrah gibi iradeyi bozan ya da sakatlayan unsurlardan uzak olması gerekmektedir. Aksi halde rıza beyanı, ceza hukuku bakımından bütünüyle batıl bir işlem olarak değerlendirilir.⁴¹⁰ Son olarak rıza beyanının, suçun işlenmesinden önce veya suçun işlendiği anda var olması gerekmektedir. Zira mağdurun rızasının, işlenen bir fiilin hukuka uygunluğu ya da aykırılığı bağlamında geçmişe etki etmesi söz konusu değildir.⁴¹¹ İslam Ceza Hukukunda da mağdurun rızasının söz konusu edildiği suçlarda, bu rızanın/iznin suçun işlenmesinden önce olması gerekmektedir. Zira İslam Ceza Hukukunda suçun işlenmesinden sonraki şahsî tasarruflar, af ve sulh kapsamında değerlendirilmektedir. Ancak Hanbelîlere göre, mağdurun rızasının hukukî niteliği ve sonuçları açısından af gibi değerlendirildiğini de belirtmemiz gerekmektedir.⁴¹²

Türk Ceza Hukukunda rızanın hukuken geçerli olabilmesi için öngörülen şartlardan biri de ihlaline rıza gösterilen hakkın niteliğine ilişkindir. Buna göre mağdurun rızasının hukuken geçerli olabilmesi ve hukuka uygunluk sebebi

⁴⁰⁷ Toroslu, 122.

⁴⁰⁸ Dönmezer-Erman, II, 69; Parlar, Ali ve Muzaffer Hatipoğlu, *Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Veya Azaltan Sebepler*, Kazancı Yayınevi, İstanbul 2005, 129; Toroslu, 120.

⁴⁰⁹ Hakeri, *Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları*, 149; Parlar-Hatipoğlu, 129.

⁴¹⁰ Parlar-Hatipoğlu, 130; Demirbaş, 259; Toroslu, 123.

⁴¹¹ Demirbaş, 259; Hakeri, *Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları*, 149; Dönmezer-Erman, II, 71.

⁴¹² Udeh, II, 74.

oluşturabilmesi için, suçun, sadece rıza konusu olan hakkı ihlal ediyor olması ve mağdurun bu hak üzerinde mutlak tasarruf yetkisine sahip olması gerekmektedir. Nitekim TCK md. 26/2’de: “Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.” denilmek suretiyle rızaya konu olabilecek hakların niteliği belirlenmiştir. Ayrıca hukuka uygunluk sebebi olan rızanın, kanuna, ahlaka ve adâba aykırı bir şekilde beyan edilmemiş olması gerekmektedir.⁴¹³ Yukarıda bahsi geçen kanun maddesiyle, rızaya konu edilebilecek hukukî değerlere ilişkin genel bir ilke benimsenmekle birlikte, bu hakların neler olduğu tek tek belirlenmiş değildir. Bu sebeple, kanun maddesinde ifade edilen “*kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği haklar*” ibaresinden ne anlaşılması gerektiği ve buna bağlı olarak da rızaya konu olan hakların ne tür haklar olduğu sorunu, bütün hukuk düzenine hâkim olan genel ilkeler yardımıyla çözümlenebilecek bir husustur.⁴¹⁴ Hakkın niteliği ve özellikle ceza hukukuna hâkim olan genel ilkeler esas alındığında, *Topluma Karşı Suçlar*⁴¹⁵ ile *Millete ve Devlete Karşı Suçlar*⁴¹⁶ başlıkları altında düzenlenen bütün suçlarda, mağdurun rızasının hukukî geçerliliği söz konusu değildir. Zira söz konusu suçlarla ihlal edilen hak, niteliği gereği muayyen bir kimseyi/kimseleri değil, bir bütün olarak toplumu ilgilendirmektedir.⁴¹⁷ Dolayısıyla yukarıda bahsi geçen kanun maddesinin, söz konusu suçlarla ilişkilendirilebilir nitelikte bir ilke olmadığı anlaşılmaktadır. Buna karşılık kanun maddesinde nitelenen ve rızaya konu olabilecek hakların doğrudan kişilerle ilgili olduğu ve dolayısıyla mağdurun rızasının, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar* bölümünde düzenlenen bazı suçlarda geçerli olacağı anlaşılmaktadır. Doktrinde rızanın geçerli olacağı hak ihlalleri; basit müessir fiiller, şerefe karşı işlenen fiiller ve cinsel özgürlük kapsamına giren bazı fiiller olarak

⁴¹³ Hakeri, *Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları*, 150; Dönmezer-Erman, II, 81.

⁴¹⁴ Dönmezer-Erman, II, 74.

⁴¹⁵ TCK’da Topluma Karşı İşlenen Suçlar: 1) genel tehlike yaratan suçlar, 2) çevreye karşı suçlar, 3) kamunun sağlığına karşı suçlar, 4) kamu düzenine karşı suçlar, 5) kamu barışına karşı suçlar, 6) ulaşım araçlarına veya sabit platformlara karşı suçlar, 7) genel ahlaka karşı suçlar, 8) aile düzenine karşı suçlar, 9) ekonomi, sanayi ve ticarete karşı suçlar, 10) bilişim alanında suçlar, şeklinde düzenlenmiştir.

⁴¹⁶ TCK’da Millete ve Devlete Karşı Suçlar: 1) kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlar, 2) adliye karşı suçlar, 3) devletin egemenlik alametlerine ve organlarının saygınlığına karşı suçlar, 4) devletin güvenliğine karşı suçlar, 5) anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, 6) milli savunmaya karşı suçlar, 7) devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, 8) yabancı devletlerle olan ilişkilere karşı suçlar, şeklinde düzenlenmiştir.

⁴¹⁷ Toroslu, 118; Parlar-Hatipoğlu, 130.

belirlenmektedir.⁴¹⁸ Ancak kanunun, mağdurun rızasına rağmen bu nevi fiilleri cezalandırması⁴¹⁹ ya da ihlale konu olan hakkın kamu yararıyla ilişkisinin tespit edilmesi durumunda ise mağdurun rızasının hukukî geçerliliği yoktur.⁴²⁰ Ayrıca temeli zilyetlik ve mülkiyet hakkına dayanan mal üzerindeki haklar ile mağdurun fiile razı olmamasının, suçun tipikliği açısından bir unsur olarak değerlendirildiği kişi hürriyetine karşı işlenen suçlarda, mağdurun rızasının, fiili, hukuka uygun hale getirdiği belirtilmektedir.⁴²¹ Ancak bahsedilen bu son durumda, mağdurun rızasından değil, ilgilinin rızasından bahsetmenin teknik anlamda daha uygun olacağını belirtmek gerekir. Zira söz konusu durumda, yani rızanın varlığı halinde, ilgili normda tanımlanan suçtan ve dolayısıyla bu suçun mağdurdan bahsetmek olanaksızdır.

İslam Ceza Hukukunda ise Türk Ceza Hukukunda olduğu gibi, hak sahibinin rızasının olmamasının suçun tipikliği açısından tanımlayıcı bir unsur olarak belirlendiği suçlarda -ki bunlar, mal varlığına ilişkin suçlar ile kişi hürriyetini sınırlayan bazı suçlardır- mağdurun rızasından değil, ilgilinin rızasından bahsedilebilir. Buna karşılık hak sahibinin rızasının yokluğunun suçun tipikliği açısından kurucu bir unsur olarak belirlenmediği suçlarda, mağdurun rızasından ve bu rızanın hukukî sonuçlarından bahsedilebilir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, İslam Ceza Hukukunda kamu haklarına ilişkin düzenlemelerde, mağdurun rızasının hukukî geçerliliği ve ceza sorumluluğuna etkisinden bahsedilemez. Bu bağlamda zina ve içki gibi sırf kamu hakkını ihlal eden suçlarda rızanın hukuken hiçbir değeri yoktur.⁴²² Kamu haklarının ihlalden farklı olarak, şahsî dava yoluyla kovuşturma konusu edilen ve mağdurun affına imkân veren hakların ihlalinde ise, mağdurun rızası, ceza sorumluluğunu kimi hukukçulara göre kısmen, kimilerine göre ise tamamen ortadan kaldıran hukukî bir işlem olarak değerlendirilmektedir. Ancak burada özellikle belirtmemiz gerekir ki, *şahsî davaya konu olan suçların, rızaya konu olabileceği* şeklinde bir genelleme yapmak yerinde bir tespit olmayacaktır. Zira İslam

⁴¹⁸ Parlar-Hatipoğlu, 130; Hakeri, *Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları*, 151–153; Toroslu, 119.

⁴¹⁹ Örneğin TCK'nın reşit olmayanla cinsel ilişkiyi düzenleyen 104. maddesinde: “Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, on beş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikâyet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” denilmektedir.

⁴²⁰ Hakeri, *Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları*, 152; Dönmezer-Erman, II, 81.

⁴²¹ Demirbaş, 260.

⁴²² el-Kâsânî, IX, 248; en-Nevevî, *Ravdatu't-Tâlibîn*, VIII, 419.

hukukçuları arasında şahsî davaya konu edilebilecek suçların hangileri olduğu, üzerinde ittifak edilen bir husus değildir. Ancak bizim şahsî davaya konu olan suçlar ile mağdurun rızası arasında bir ilişki kurmaya çalışmamızın temel gerekçesi, İslam Ceza Hukukunda mağdurun rızası konusunun sistematik biçimde ele alınmamış olmasıdır. Klasik kaynaklardan tespit edebildiğimiz kadarıyla mağdurun rızası veya suça izni sorunu, belirgin olarak adam öldürme ve müessir fiillerde bahis konusu edilmektedir. İmâm Züfer (ö.158/775) dışındaki Hanefî hukukçulara göre, bir kimseyi kendi rızasıyla öldüren kişiye kısas cezası uygulanamaz. Zira burada mağdurun rızası, her ne kadar fiili, hukuka uygun hale getirmese de bir şüphe unsurudur. Bu bağlamda kısas cezasının diyete dönüştürülmesinde bir şüphe unsuru olarak değerlendirilen rızanın, ceza sorumluluğunu kısmen ortadan kaldıran hukukî bir işlem olarak kabul edildiği söylenebilir. İmâm Züfer'e göre ise, katle rızanın hiçbir hukukî niteliği yoktur.⁴²³ Mâlikîlere göre de katle rızanın hukuken hiçbir değeri yoktur. Zira söz konusu durumda mağdur, suçun işlenmesinden önce fâili affetmekle, olmayan bir hakkından feragat etmektedir ki bu da hukuken geçerli bir tasarruf değildir.⁴²⁴ Şâfiî⁴²⁵ ve Hanbelîlerde⁴²⁶ tercih edilen görüşe göre ise, katl suçlarında mağdurun rızası, ceza sorumluluğunu bütünüyle ortadan kaldıran hukukî bir işlemdir. Buna göre, mağdurun rızasına uygun olarak onu öldüren kimseye kısas ve diyet cezası verilemez. Müessir fiillerde ise, Hanefî hukukçulara göre mağdurun rızası, mal varlığına ilişkin hak ihlallerinde olduğu gibi, doğrudan suçun tipikliğiyle ilgili bir husustur. Bu sebeple müessir fiile rıza, söz konusu fiilin suç olarak değerlendirilmesine engeldir. Zira Hanefîlere göre kişinin organları mal hükmündedir ve rızaya bağlı olarak telef edilmeleri durumunda, fâilin cezaî sorumluluğu söz konusu değildir.⁴²⁷ Şâfiî⁴²⁸ ve Hanbelîlere⁴²⁹ göre de müessir fiile rıza, fiili, hukuka uygun hale getirmemekle birlikte, ceza sorumluluğunu bütünüyle ortadan kaldıran bir sebep olarak değerlendirilmektedir. Malikîlere göre ise, müessir fiile rıza, fiili hukuka uygun hale getirmez, ancak suçlu sadece ta'zîr cezasıyla

⁴²³ Semerkandî, III, 102; el-Kâsânî, X, 247.

⁴²⁴ el-Huraşî, VIII, 5.

⁴²⁵ eş-Şirbinî, V, 291.

⁴²⁶ el-Buhûtî, V, 506. Ayrıca bkz. Udeh, II, 74.

⁴²⁷ el-Kâsânî, X, 247.

⁴²⁸ eş-Şirbinî, V, 290.

⁴²⁹ el-Buhûtî, V, 506. Ayrıca bkz. Udeh, II, 75.

cezalandırılır.⁴³⁰ Kazf ve şerefe karşı işlenen diğer suçlar açısından ise, mağdurun rızasının hukukîliği, İslam hukukçularının söz konusu suçla ihlal edilen hakkın niteliği ve ihlalin ne şekilde yargı konusu edilebileceğine ilişkin görüşleri doğrultusunda tespit edilebilir gözükmemektedir. Bu bağlamda söz konusu ihlalin, ancak mağdurun şikâyeti üzerine dava konusu edilebileceği ve bu ihlale konu olan hakkın kamusal yönünün ancak davadan sonra ortaya çıkacağını savunan İslam hukukçularının görüşlerini dikkate alındığında, mağdurun rızasının hukukî sonuçlar doğurabilen bir işlem olduğu edilebilir.⁴³¹ Zira aksi bir yargı, bir takım çelişkileri beraberinde getirecektir. Kazf suçunu, bütünüyle kamusal bir hukukî değerin ihlali olarak ele alan Zâhirî hukukçuların görüşleri esas alındığında,⁴³² mağdurun rızasının hukukîliğinden bahsedilemez.

Kısaca ifade etmek gerekirse; İslam Ceza Hukukunda mağdurun rızası, suçun tipikliğine etkisi ve ceza sorumluluğuna etkisi olmak üzere iki farklı açıdan ele alınmaktadır. Suçun tipikliğinin, hak sahibinin rızası ve izninin bulunmamasına bağlandığı durumlarda, mağdurun rızasından ve hukukî niteliğinden değil, *ilgilinin rızasından* bahsedilebilmektedir. *Mağdurun rızası* ifadesinin ise, İslam hukukçularının belirlediği sınırlar dâhilinde, ceza sorumluluğunu kısmen veya tamamen ortadan kaldıran hukukî bir işlem olarak değerlendirildiği görülmektedir.

2. Mağdurun Sifatına Bağlanan Hukukî Sonuçlar

Gerek İslam Ceza Hukukunun gerekse Türk Ceza Hukukunun başlıca sorunlarından biri, cezaların hangi esaslar çerçevesinde belirleneceği ve özellikle İslam Ceza Hukuku açısından bu belirlemenin hangi gerekçelerle temellendirileceğine ilişkindir. Bu bağlamda her iki hukuk sisteminde de cezalandırmada esas alınan diğer unsurların -kasıt unsuru gibi- yanında mağdurun sıfatı, cezayı belirleyici bir unsur olarak kabul edilmektedir. Özellikle İslam Ceza Hukukunda, din ve sosyal statü farklılığı (hür - köle) gibi olguların varlığı, mağdurun sıfatını, cezaların belirlenmesi noktasında daha da önemli kılmaktadır. Bu sebeple İslam Ceza Hukukunda mağdurun sıfatı, cezaların belirlenmesinde en temel ölçüt olarak değerlendirilebilir.

⁴³⁰ el-Huraşî, VIII, 5. Ayrıca bkz. Udeh, II, 75.

⁴³¹ İbn Kudâme, el-Kâfî, V, 411; İbn Muflih, VII, 312; er-Remlî, VII, 435; el-Huraşî, VIII, 90.

⁴³² Söz konusu görüşler için, “kazf suçunda mağdur” konusuna bakınız.

İslam Ceza Hukuku ve Türk Ceza Hukukunda mağdurun sıfatına bağlanan hukukî sonuçlar, kısmen benzerlik gösterse de genel olarak birbirinden farklıdır. Türk Ceza Hukukunda mağdurun sıfatı, bazı durumlarda suçun tipikliğini belirleyen bir unsur, bazı durumlarda da suça öngörülen yaptırım açısından ağırlaştırıcı veya hafifletici bir sebep olarak değerlendirilmektedir.⁴³³ İslam Ceza Hukukunda ise, bir taraftan şahsî davanın konusu olan suçlarda hafifletici bir sebep olarak kabul edilirken; diğer taraftan, mağdurun toplum veya muayyen bir şahıs/shahıslar olmasına bağlı olarak ceza uyumsuzluğunun şahsî dava ya da kamu davası şeklinde yargı konusu edilmesi ve yargı sürecinde af ve sulhun hukukîliğine etki eden bir unsur olarak ele alınmaktadır. Önemle belirtmek gerekir ki; özellikle *mağdurun sıfatı-suçun tipikliği* ilişkisi açısından ortaya çıkan bu farklılık, *fakihler hukuku* olarak nitelendirilen İslam Hukukunun, *ceza hukuku genel hükümler* açısından Türk Ceza Hukukundakine benzer bir yapıya sahip olmaması ve problemlere daha çok meselecî/kazuistik bir yaklaşımla çözüm önermesinden kaynaklanmaktadır. Söz konusu yaklaşım, Türk Ceza Hukukunda olduğu gibi kimi durumlarda benzer nitelikli suçları, mağdurun sıfatından dolayı farklı birer suç tipi olarak tanımlamayı değil; bu suçlarda mağdurun sıfatının, cezaya hangi ölçüde etki ettiği üzerinde yoğunlaşmaktadır. Örneğin Türk Ceza Hukukunda, on sekiz yaşından büyük bir kimseye karşı işlenen cinsel nitelikli suç, *cinsel saldırı* tipinde bir suç olarak düzenlenirken, on sekiz yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını kavrama yeteneği gelişmemiş kimselere karşı işlenen cinsel nitelikli suç ise, *çocukların cinsel istismarı* tipinde bir suç olarak düzenlenir ve bu suça farklı bir yaptırım öngörülür. İslam Ceza Hukukunda ise, kimi durumlarda -örneğin kazf suçunda- mağdurun biyolojik ve aklî gelişimi, cezalandırmada esas alınmakla birlikte, suçun tipikliğini belirleyen bir unsur olarak değerlendirilmemektedir. *Mağdurun sıfatı-ceza* ilişkisi bağlamında mağdurun sıfatından, Türk Ceza Hukukunda, cezayı ağırlaştırıcı veya hafifletici bir unsur olarak bahsedilebilirken, İslam Ceza Hukukunda sadece hafifletici bir unsur olarak bahsedilebilmektedir. Nitekim Türk Ceza Kanununda, cezayı ağırlaştıran unsurlara ilişkin düzenlemeleri içeren ‘*Nitelikli Haller*’ başlıkları ile cezanın hafifletilmesini öngören düzenlemeleri içeren ‘*Daha Az Cezayı Gerektiren Haller*’ başlıkları bu

⁴³³ Sokullu-Akıncı, Füsun, *Viktoloji*, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 1999, 46-49.

duruma işaret etmektedir. Buna karşılık İslam Ceza Hukukunda -örneğin kısas cezasını ve kazf haddini gerektiren suçlarda- öncelikle cezanın üst sınırı (kısas veya had) aslî bir yaptırım olarak belirlenir ve devamında mağdurun sıfatının bu yaptırımı hafifletip hafifletmeyeceği üzerinde durulur. Her iki hukuk sistemi açısından mağdurun sıfatının hukukî niteliği, genel olarak bu şekilde tespit edilebilmekle birlikte bu tespitlerin kanun maddelerine atfen izahı da bir zorunluluktur.

Türk Ceza Hukukunda mağdurun sıfatı, bazı durumlarda, benzer nitelikli hak ihlallerinin farklı birer suç olarak tanımlanma gerekçesidir. Nitekim TCK md. 299/1’de: “Cumhurbaşkanına hakaret eden kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” denilmek suretiyle, Cumhurbaşkanına yapılan hakaret suçu, ‘*Millete Ve Devlete Karşı Suçlar*’ kısmında düzenlenmiştir. Buna karşılık kişilere karşı işlenen hakaret suçları ise, TCK md. 125/1’de: “Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir olgu isnat eden ya da yakıştırmalarda bulunmak veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.” şeklinde, ‘*Kişilere Karşı Suçlar*’ kısmında düzenlenmiştir. Yine ‘*Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*’ bölümünde de mağdurun biyolojik ve aklî yapısı (algılama yeteneği) dikkate alınarak, benzer nitelikli hak ihlallerinin farklı birer suç olarak düzenlendiği görülmektedir.

Türk Ceza Hukukunda mağdurun sıfatı, bazı durumlarda ağırlaştırıcı bir sebep olarak düzenlenmiştir. Örneğin TCK md. 82/2’de: “Kasten öldürme suçunun; a) üstsoy veya altsoydan birine eş veya kardeşe karşı, b) çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, c) gebe olduğu bilinen kadına karşı, d) kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle işlenmesi halinde, kişi ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılır.” denilmektedir. Buna karşılık söz konusu suçun, zikredilen sıfatları taşıyan kimseler dışında herhangi bir kişiye karşı işlenmesi durumunda ise, TCK md. 81/1’de öngörüldüğü şekliyle, ağırlaştırılmış değil, sadece müebbet hapis cezası gerekmektedir. Aynı şekilde, kasten yaralama (TCK md. 86/2), işkence (TCK md. 94/2), eziyet (TCK md. 96/2), cinsel saldırı (TCK md. 102/3), hakaret (TCK md. 125/3) ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma (TCK md. 109/3) suçlarında da mağdurun sıfatı ağırlaştırıcı bir sebep olarak düzenlenmiştir.

Türk Ceza Hukukunda mağdurun sıfatı, bazı durumlarda cezayı hafifletici veya bütünüyle ortadan kaldırıcı bir sebep olarak düzenlenmiştir. Nitekim mala karşı işlenen suçlarda, ceza sorumluluğunun belirlenmesine ilişkin düzenlemeyi içeren normda (TCK md. 167/1): “Yağma ve nitelikli yağma hariç, bu bölümde yer alan suçların; a. haklarında ayrılma kararı verilmemiş eşlerden birinin, b. üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlatlığın, c. aynı konutta yaşayan kardeşlerden birinin, zararına olarak işlenmesi halinde, ilgili akraba hakkında cezaya hükmolunmaz” denilmek suretiyle, mağdurun sıfatının, ceza sorumluluğunu bütünüyle ortadan kaldıran bir sebep olduğu belirtilmiştir. Yine aynı normun ikinci fıkrasında ise: “Bu suçların, haklarında ayrılık kararı verilmiş olan eşlerden birinin, aynı konutta yaşamayan kardeşlerden birinin, aynı konutta yaşamakta olan amca, dayı, hala, teyze, yeğen veya ikinci derecede kayın hısımlarının zararına olarak işlenmesi halinde; ilgili akraba hakkında şikâyet üzerine verilecek ceza, *yarı oranında indirilir.*” denilerek mağdurun sıfatı hafifletici bir sebep olarak kabul edilmiştir.

İslam Ceza Hukukunda ise, mağdurun sıfatına bağlanan hukukî sonuçlar, öncelikle *mağdurun sıfatı-mağdur tiplmesi* ilişkisi çerçevesinde ele alınmalıdır. Esasen bu ilişkinin tespiti, mağduru toplum olan suçlar ile mağduru muayyen bir şahıs/shahıslar olan suçlarda, mağdurun sıfatının ceza hukuku açısından ne tür sonuçlar doğurduğunu ortaya koymak bakımından bir zorunluluktur. Buna göre, mağduru muayyen bir kişi olarak tespit edilen suçlar, şahsî davanın konusu iken; mağduru toplum olarak belirlenen suçlar -ki bunlar haddin konusu olan hak ihlalleridir- ise kamu davasının konusudur.⁴³⁴ Diğer taraftan mağduru belirli kişi ya da kişiler olan suçlarda af ve sulh gibi işlemlerin hukuken geçerliliği söz konusu iken; mağduru toplum olan suçlarda bu işlemler geçerli değildir.

İslam Ceza Hukukunda mağdurun sıfatına bağlanan hukukî sonuçlara ilişkin bir diğer husus ise, *mağdurun sıfatı-cezanın belirlenmesi* ilişkisidir. Bu ilişki, şahsî davanın konusu olan suçlar ile bu suçlara öngörülen yaptırımlar arasındaki ilişkiyi ortaya koymaktadır. Önemle belirtmek gerekir ki, söz konusu ilişki, en genel biçimde, mağdurun sıfatının -Türk Ceza Hukukundan farklı olarak-sadece hafifletici bir sebep olarak ele alındığını ortaya koymaktadır. Bu bağlamda mağdurun sıfatının,

⁴³⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. er-Rebâbaa, Üsâme Ali Mustafa el-Fakîr, *Usûlu'l-Muhâkemâti'sh-Şer'iyyeti'l-Cezâiyye*, Dâru'n-Nefâis, Ürdün 2005, 331-343.

cezaların belirlenmesi açısından uygulamaya nasıl yansıdığını, belirli sınırlar çerçevesinde ortaya koymamız gerekmektedir.

İslam Ceza Hukukunda, bazı suçlara öngörülen aslî yaptırımların uygulanabilirliğine ilişkin olmak üzere, mağdurun Müslüman ya da gayr-i müslim olması belirleyici bir unsurdur. Nitekim Nehâ'î (ö.95/714), eş-Şa'bî (ö.103/712) ve Hanefîler dışındaki İslam hukukçularına göre, İslam ülkesi vatandaşı olan zimmî bir kimseyi öldüren Müslümana –köle bile olsa- kısas uygulanmaz.⁴³⁵ Zira bu görüşte olan İslam hukukçuları, Müslüman bir kimse ile gayr-i müslim bir kimsenin kanının hiçbir durumda denk olmayacağını savunmaktadırlar. Aynı şekilde, bütün İslam hukukçularına göre gayr-i müslim bir kimseye karşı kazf suçunu işleyen Müslüman kimseye, ilgili normda öngörülen had cezası uygulanmaz.⁴³⁶ Hanefîler dışındaki İslam hukukçularına göre, gayr-i müslim kişinin diyeti Müslüman kimsenin diyetine denk değildir. Bu bağlamda Mâlikîler ve Hanbelîler, gayr-i müslim kişinin diyetini, Müslüman kişinin diyetinin yarısı olarak tayin ederken,⁴³⁷ İmâm eş-Şâfiî (ö.204/820) de üçte bir oranında belirlemektedir.⁴³⁸

İslam Ceza Hukukunda, mağdurun sıfatı-cezanın tespiti ilişkisi bağlamında ele alınan bir diğer husus da köle-hür ayrımıdır. Hanefîler⁴³⁹ dışındaki İslam hukukçularına göre, köle bir kimseyi öldüren hür kişiye uygulanacak ceza kısas değil, diyetdir.⁴⁴⁰ Hanefîlere göre ise, sadece kendi kölesini öldüren kişiye kısas cezası uygulanmaz.⁴⁴¹ Nehâ'î ve Dâvûd ez-Zâhirî (ö.270/884)'ye göre ise, köleyi öldüren hür kimseye her durumda kısas cezası uygulanır.⁴⁴² Benzer biçimde, İslam hukukçularının çoğunluğuna göre, köle bir kişiye karşı kazf suçunu işleyen Müslüman kimseye, kazf haddi uygulanmaz.⁴⁴³ Diğer taraftan İslam hukukçularının çoğunluğuna göre, köle kimsenin diyeti, hür kimsenin diyetine eşit olarak değil, kendi kıymetine göre belirlenmektedir.⁴⁴⁴ Cumhurun görüşünü esas alan Ebû Yûsuf

⁴³⁵ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IX, 342–343; İbn Cuzeyy, 340; eş-Şirbinî, V, 231; el-Huraşî, VIII, 6.

⁴³⁶ el-Mâverî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XIII, 255; el-Kâsânî, IX, 218; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 193; İbn Cuzeyy, 349; el-Buhûtî, VI, 105;.

⁴³⁷ Sahnûn, IV, 627; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IX, 258.

⁴³⁸ eş-Şâfiî, XII, 376.

⁴³⁹ Hanefîlere göre, kısasen katli gerektiren suçlarda, hür-köle ayrımı dikkate alınmaz. Bkz. İbnü'l-Humâm, IX, 149.

⁴⁴⁰ Sahnûn, IV, 603; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IX, 349; İbn Cuzeyy, 340; eş-Şirbinî, V, 241.

⁴⁴¹ el-Kâsânî, X, 242.

⁴⁴² el-Kâsânî, X, 242; İbn Cuzeyy, 340.

⁴⁴³ el-Kâsânî, IX, 218; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 193; İbn Cuzeyy, 349; el-Buhûtî, VI, 105.

⁴⁴⁴ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IX, 535.

(ö.182/798)'un hilafına, Ebû Hanîfe (ö. 150/767) ve İmâm Muhammed (ö.189/805) ise, kölenin diyetini her durumda hür kimsenin diyetinden daha düşük miktarda belirlemişlerdir.⁴⁴⁵

İslam Ceza Hukukunda cezaların belirlenmesi bağlamında, mağdurun sıfatına bağlanan hukukî sonuçlardan bir diğeri ise, kadın-erkek ayrımına ilişkindir. İslam hukukçularının çoğunluğuna göre, kısas gerektiren müessir fiillerde kadın-erkek ayrımının hukuken geçerliliği söz konusu değilken,⁴⁴⁶ Hanefîlere göre, mağduru kadın olan müessir fiillerde erkeğe kısas uygulanmayıp diyet cezasına hükmedilir. Zira Hanefîler, söz konusu fıkri, müessir fiillerin mala karşı işlenen suçlar niteliğinde olduğu ve malî konularda da -miras gibi- kadın ve erkeğin birbirine denk olmadığı şeklindeki görüşleriyle temellendirmektedir.⁴⁴⁷ Bütün İslam hukukçularına göre, mağduru kadın olan katl suçundan doğan diyet miktarı, erkeğin diyetinin yarısıdır.⁴⁴⁸ Kadına karşı işlenen müessir fiillerin diyeti ise, Hanefîler ve Şâfiîlere göre erkeğin diyetinin yarısı olarak belirlenirken,⁴⁴⁹ Mâlikî ve Hanbelîlere göre, tam diyetin üçte biri oranında erş cezasını gerektiren yaralamalarda erkeğinkine eşit, bu oranın üzerinde olan yaralamalarda ise, erkeğin diyetinin yarısı olarak belirlenmektedir.⁴⁵⁰

İslam Ceza Hukukunda, ceza uyuşmazlığının tarafları arasında usul-furu ilişkisinin bulunması da cezanın belirlenmesinde önemli bir unsurdur. Ancak bu ilişki, suç mağdurunun, fâilin furûundan olması durumunda hukukî bir değer ifade etmektedir. Bu bağlamda İslam hukukçularının çoğunluğuna göre, çocuğunu öldüren anne ve baba ile torununu öldüren dede ve nineye kısas cezası uygulanmaz.⁴⁵¹ Yine İslam hukukçularının çoğunluğuna göre, çocuğuna karşı kazf suçunu işleyen anne ve baba ile aynı suçu torununa karşı işleyen dede ve nineye had cezası uygulanmaz.⁴⁵²

Ceza hukuku normlarının geçerlilik alanını, devlet başkanının hâkimiyet sınırları çerçevesinde belirleyen Hanefî hukukçulara göre, suç mağdurunun İslam ülkesi vatandaşı olup olmaması da cezanın belirlenmesinde önemli bir unsurdur. Bu bağlamda Ebû Yûsuf dışındaki Hanefî hukukçulara göre, müste'min bir kimseyi

⁴⁴⁵ Semerkandî, III, 115; el-Kâsânî, X, 317.

⁴⁴⁶ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 379; eş-Şirbinî, V, 253.

⁴⁴⁷ İbnu'l-Humâm, IX, 169–170.

⁴⁴⁸ Semerkandî, III, 113; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IX, 532.

⁴⁴⁹ Semerkandî, III, 114;

⁴⁵⁰ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IX, 533. Ayrıca bkz. Udeh, II, 249.

⁴⁵¹ el-Kâsânî, X, 241; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IX, 360; eş-Şirbinî, V, 242.

⁴⁵² el-Kâsânî, IX, 221; en-Nevevî, *Ravdatu't-Tâlibîn*, VIII, 428; eş-Şirbinî, V, 461; er-Remlî, VII, 436; el-Buhûtî, VI, 104.

öldüren zimmî kisasen cezalandırılmaz.⁴⁵³ Aynı şekilde, İslam ülkesi vatandaşı olmayan müste'mine karşı hirâbe suçunu işleyen zimmîye, söz konusu ihlale ilişkin düzenlemede öngörülen had cezası uygulanmaz.⁴⁵⁴

İslam Ceza Hukukunda, kişinin, herhangi bir suçun mağduru olabilmesi için -kazf suçu dışında- akıllı ve bülûğ çağına gelmiş olması şart koşulmamaktadır. Buna karşılık İslam hukukçularının çoğunluğuna göre, kazf suçuna ilişkin normda öngörülen had cezasının uygulanabilmesi, mağdurun akıllı ve ergenlik çağına gelmiş olması ya da akıllı olmak kaydıyla yaşındakiyle cinsel ilişkiye girebilecek olgunlukta olmasına bağlıdır. Aksi durumda suçluya, ilgili normda öngörülen had cezası değil, ta'zîr cezası uygulanması gerekmektedir.⁴⁵⁵

Kısaca ifade etmek gerekirse; İslam Ceza Hukukunda mağdurun sıfatı, mağduru toplum veya muayyen bir şahıs/shahıslar olarak tespit edilen suçlarda, yargılama usulüne ilişkin düzenlemelere ve yargı sürecindeki af ve sulhun hukukî niteliğine etki eden bir unsur olarak değerlendirilirken; şahsî davaya konu olan suçlarda, cezanın hafifletilmesine etki eden bir unsur olarak kabul edilmektedir.

⁴⁵³ el-Kâsânî, X, 246; İbnu'l-Humâm, IX, 154.

⁴⁵⁴ el-Kâsânî, IX, 362.

⁴⁵⁵ el-Mâverî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XIII, 255; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 193; İbn Cuzeyy, 349; İbnu'l-Humâm, V, 91.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

CEZA YARGILAMASINDA MAĞDUR ve MAĞDURİYETİN GİDERİLMESİ

A. CEZA YARGILAMASINDA MAĞDUR

1. Ceza Uyuşmazlığının Yargı Konusu Edilmesinde Mağdurun Rolü

İslam Ceza Yargılaması Hukukunda, ceza uyuşmazlığının yargı konusu edilmesi, Türk Ceza Hukukundan farklı olarak, kovuşturmanın kamusalılığı ilkesine göre değil, ihlale konu olan hakkın niteliği ve bu niteliğe bağlı olarak ortaya çıkan farklı mağdur tiplemesi esasına göredir. Bu bağlamda İslam Ceza Hukukunda suçlar, *kişisel bir hakkı ihlal eden suçlar* ve *toplum menfaatini ihlal eden suçlar* olarak temelde ikili bir ayırım esasına göre düzenlenmiştir. Bu ayırımın bir sonucu olarak da kişisel haklara ilişkin düzenlemeleri içeren ceza normlarının ihlali, yani mağduru muayyen kişiler olan suçlar, şahsî dava yoluyla yargı konusu edilirken; toplum menfaatine ilişkin düzenlemeleri içeren ve mağduru toplum olan hak ihlalleri ise, kamu davası yoluyla yargı konusu edilmektedir. Esasen İslam Ceza Yargılaması Hukukunda mağdurun hukukî tasarrufları olarak ortaya çıkan af ve sulh konularının da aynı ayırım çerçevesinde değerlendirildiği görülmektedir.

İslam Ceza Yargılaması Hukukunda şahsî davanın konusu olan suçlar, kısas ve diyet gerektiren suçlar ile İslam hukukçularının çoğunluğu tarafından, daha çok kul hakkının ihlali olarak değerlendirilen müşterek bir hakkı (kişi hakkı ile birlikte toplum hakkı) ihlal eden suçlardır.⁴⁵⁶ Buna göre kişisel bir hakla birlikte toplum menfaatlerini korumaya yönelik olarak düzenlenen *kazf* ve *hırsızlık* suçları da, şahsî dava yoluyla yargı konusu edilmektedir.⁴⁵⁷ Zira söz konusu ihlaller sebebiyle ortaya çıkan mağduriyet daha çok kişileri ilgilendirmektedir. Bunun dışında kişisel bir hakla ilişkin düzenlemeleri içeren ta'zîr suçları da, şahsî dava yoluyla kovuşturulmaktadır. Kişisel bir hakkı ihlal eden ve şahsî davanın konusu olan suçlarda dava açma hakkı, kimi durumlarda –örneğin kazf suçu ve müessir fiiller-

⁴⁵⁶ er-Rebâbaa, 334; Erbay, Celâl, *İslam Ceza Muhakemesi Hukukunda İspat Vasıtaları*, MÜİFV Yayınları, İstanbul 1999, 39; Bayındır, Abdülaziz, *İslam Muhakeme Hukuku (Osmanlı Devri Uygulamaları)*, İslami İlimler Araştırma Vakfı Yayınları, İstanbul 1986, 133.

⁴⁵⁷ el-Mâverî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XIII, 262; el-Kâsânî, IX, 246 ve 249; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 196; el-Hurâşî, VIII, 91.

dava açma ehliyetine sahip olması koşuluyla sadece mağdura, kimi durumlarda da – katl suçlarında- suçtan dolayı olarak zarar gören mağdur yakınlarına tanınmıştır. Bu ilkenin bir sonucu olarak, mağdur ya da suçtan zarar görenler ile bunların velileri veya hukukî temsilcileri dışında kalan kimselerin açtığı davalara bakılmaz.⁴⁵⁸

İslam Ceza Yargılaması Hukukunda kamu davasının konusu olan suçlar ise, toplum haklarının korunmasına ilişkin düzenlemeleri içeren hak ihlalleridir. Bir diğer ifadeyle, kamu davası yoluyla kovuşturulan suçlar, had cezasını gerektiren ve mağduru toplum olan suçlardır. Söz konusu ceza uyuşmazlıklarının yargı konusu edilmesi anlamında dava açma hakkı, ihlal edilen hakkın ve ortaya çıkan mağduriyetin niteliği gereği, toplumun her bir bireyine tanınmıştır.⁴⁵⁹ Ceza uyuşmazlığını yargıya taşıyan ve davada taraf olan kimse, söz konusu yetkiyi kamu adına ve kamu hakkı olarak kullanmaktadır. Kamu hakkını ihlal eden suçların yargı konusu edilmesine ilişkin olarak doktrinde savcılık müessesesi pek işlenmemiş olmakla birlikte, başta muhtesipler olmak üzere kamu düzenini korumakla görevli yetkililerin ve güvenlik amirlerinin, savcılık görevini yerine getirdikleri görülmektedir. Ayrıca kamu haklarını ihlal eden suçların kovuşturulmasında, hâkime de re'sen hareket etme yetkisi verilmektedir.⁴⁶⁰

Kısaca ifade etmek gerekirse, İslam Ceza Yargılaması Hukukunda, ceza uyuşmazlıklarının hangi usul çerçevesinde yargı konusu edileceği, ihlal edilen hakkın niteliği ve buna bağlı olarak ortaya çıkan mağduriyet tipine göre belirlenir. Bu bağlamda mağduru belirli kişi ya da kişiler olan suçlar, şahsî dava yoluyla yargı konusu edilirken; mağduru toplum olan suçlar ise, kamu davası yoluyla yargı konusu edilmektedir.

2. Yargılama Sürecinde İspat Külfetinin İddiacıya Yüklenmesi ve Müddeînin Yemininin Yargılamaya Etkisi

İspat külfeti, herhangi bir hakkın ihlali durumunda, söz konusu ihlalin varlığının ispatına ilişkin delilleri, uyuşmazlığın hükme bağlanmasını sağlayacak

⁴⁵⁸ el-Kâsânî, IX, 246; İbn Kudâme, *el-Kâfî*, V, 411; en-Nevevî, *Ravdatu't-Tâlibîn*, VIII, 429. Ayrıca bkz. Zeydan, *Nizâmu'l-Kadâ fi's-Serîati'l-İslâmiyye*, 110.

⁴⁵⁹ Zeydan, *Nizâmu'l-Kadâ fi's-Serîati'l-İslâmiyye*, 95.

⁴⁶⁰ Bayındır, 133; Atar, Fahrettin, *İslâm Adliye Teşkilatı*, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara 1991, 189; Yavuz, Cevdet, “*Dava*”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 1994, IX, 13.

biçimde ortaya koyma yükümlülüğünü ifade etmektedir. Günümüz yargılama hukukunda ispat külfeti, şahsî hak ihlallerinden kaynaklanan uyuşmazlığın şekli gerçeklikle/tafırların sunacağı delillerle hükme bağlandığı hukukî uyuşmazlıklar için söz konusu olup, ceza yargılamasında geçerli değildir.⁴⁶¹ Diğer bir ifadeyle ceza yargılamasında yargıç, ceza uyuşmazlığını hükme bağlarken savcının öne sürdüğü delillerden bağımsız olarak delil araştırmasına gider ve savcının sunacağı delilleri de dikkate alarak bir sonuca varmaya çalışır. Bu bağlamda savcının sunacağı deliller, yargıç için bağlayıcı olmamakla beraber, ona ışık tutucu niteliktedir. Günümüz ceza yargılamasında her bir suçun “kovuşturmanın kamusalılığı/kamu davasının mecburiliğı” ilkesi çerçevesinde, şahsî bir hakkın ihlaline sebep olsa bile, kamu davası olarak yargı konusu edilmesi,⁴⁶² ceza yargılamasında ispat külfetinin geçerli olmamasıyla doğrudan ilişkilidir. Çünkü ceza yargılamasında uyuşmazlığın hükme bağlanması ancak maddi gerçeğın ortaya çıkmasıyla mümkündür. Bu da yargıca, savcının sunacağı delillerden bağımsız hareket etme yetkisi vermektedir.

İslam Yargılama Hukukunda ise, günümüz yargılama hukukuna benzer biçimde, ceza yargılaması ve hukuk/medeni yargılama şeklinde bir yargı sistemi olmamakla beraber, dava konusu edilen uyuşmazlıklar, ihlal edilen hakkın niteliğine bağılı olarak, farklı yargılama usulleriyle hükme bağlanmaktadır.⁴⁶³ İslam Ceza Yargılaması Hukukunda, ispat külfeti açısından daha çok günümüz medenî yargılama sistemine benzer bir yargı sistemi vardır ki; bu sistemde yargıç, tafırların - öncelikle davalının- öne sürdüğü delillerle, dava konusu uyuşmazlığı hükme bağlamak durumundadır.⁴⁶⁴ Örneğın, davacının herhangi bir hak ihlali iddiasını, hukuk düzeninin öngördüğü şekilde şahitlerle delillendirmesi halinde, hâkimin davacı lehine hüküm verme yükümlülüğü vardır.⁴⁶⁵ Dolayısıyla hâkim, tafırlardan herhangi biri lehine olmak üzere, delil ortaya koyamaz.⁴⁶⁶ Hâkimin söz konusu uyuşmazlıkların hükme bağlanmasında, davacının delillerine bağılı kalma zorunluluğı, Hz. Peygamber’in “Beyyine külfeti davacıya, yemin ise davalıya

⁴⁶¹ Yurtcan, 259.

⁴⁶² Cihan, Erol ve Feridun Yenisey, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 1996, 17.

⁴⁶³ Yıldız, Kemal, *İslam Yargılama Hukukunda Şâhitlik*, Hâcegân Akademi Kitaplığı, İstanbul 2005, 18.

⁴⁶⁴ İbn Ruşd, IV, 1771; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, XI, 404.

⁴⁶⁵ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, XI, 404.

⁴⁶⁶ el-Mâverdi, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XVI, 278.

düşer.” sözünün bir sonucudur ki; bu, ihlal edildiği iddia edilen hakkın ispatı konusunda, İslam Ceza Yargılaması Hukukunda genel bir prensip olarak kabul edilmektedir.

İslam Ceza Yargılaması Hukukunda, Türk Ceza Yargılaması Hukukundan farklı olarak, uyuşmazlık konusunun ispatında, yargıcın tarafların delillerine bağlı kalma ve şer’î ispat yolları ile sabit olan uyuşmazlığa uygun olarak hüküm verme yükümlülüğü, İslam ceza yargı sisteminin uyuşmazlıkları daha çok şeklî gerçekliklerden hareketle hükme bağlamasıyla ilişkilidir. Özellikle had cezalarının şüphelerle izale edilmesi prensibi, ihlal edildiği iddia edilen hakların bahsedilen şekilde ispatını zorunlu kılmaktadır. Zira hâkimin, günümüz ceza yargılamasında olduğu gibi, tarafların delillerinden bağımsız olarak delil araştırması ve uyuşmazlığın hükme bağlanması aşamasında bunları da dikkate alması bir şüphenin varlığını ortaya koyar ki, bu da İslam Ceza Yargılaması Hukuku açısından hadlerin hiçbir şekilde uygulanmasına olanak tanımaz. Diğer taraftan kamu haklarının ihlaline ilişkin davalarda hâkimin, şahsî bilgisinden istifade edemeyeceği yönünde, İbn Hazm (ö.456/1063) dışındaki İslam hukukçularının ittifakı vardır.⁴⁶⁷ Buna karşılık İslam hukukçularının bir kısmı, şahsî davaya konu olan hak ihlallerinin ispatında hâkimin şahsî bilgisinin, belirli koşullar çerçevesinde bir ispat vasıtası olarak kabul edilebileceği görüşünü benimsemişlerdir.⁴⁶⁸

İspat külfetinin davacıya ait olması prensibine bağlı olarak, öncelikle davacının, iddiasını, hukuk düzeninin öngördüğü şekilde şâhitlerle delillendirmesi gerekmektedir. Davacının, iddiasını öngörülen şekle uygun olarak ispat etmesi halinde, hâkimin, davacı lehine hüküm vermesi gerekmektedir. Davacının, iddiasını, öngörülen şekle uygun olarak yeterli sayıda şâhitle delillendirememesi durumunda, nasıl bir usul benimseneceği konusunda İslam hukukçuları farklı görüşler ortaya koymuşlardır. Bu görüş farklılığı, davacının yemininin hukukî geçerliliğine ilişkindir. Bu bağlamda İslam hukukçularının bir kısmı, hukuken sınırları tespit edilmek kaydıyla, hüküm tesisinde davacının yemininin hukuken geçerli olacağı yönünde görüş belirtirken, bir kısmı da yemin külfetinin davacıya değil, sadece davalıya ait olduğu yönünde görüş belirtmişlerdir. Birinci görüşü benimseyen İslam hukukçularına göre (Şâfiîler, Mâlikîler ve Hanbelîler), fâili meçhul cinayet

⁴⁶⁷ Erbay, 239.

⁴⁶⁸ el-Mâverdi, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XVI, 321; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, XI, 401.

davalarında maktûlün yakınlarının/davacıların, suçu belli bir kimsenin işlediğine dair elli defa yemin etmeleriyle suç sabit olur. Yine Şâfiî, Mâlikî ve Hanbelî hukukçulara göre, suçluya malî mükellefiyetler yükleyen ceza uyuşmazlıklarının ispatında, uyuşmazlığın iki şâhit ile ispatlanamaması koşuluna bağlı olarak, bir şâhit ile davacının yemini yeterli olacaktır. Buna göre, kısas gerektirmeyen katl ve müessir fiil suçları ile hırsızlık suçları, bir şahidin şâhitliği ve davacının yeminiyle hükme bağlanabilecektir.⁴⁶⁹ Mâlikî ve Şâfiî hukukçulara göre, malî mükellefiyetler yükleyen ceza uyuşmazlıklarının hükme bağlanması, davacının iddiasını şâhitlerle ispatlayamaması ve davalının da yemin etmekten kaçınması koşuluna bağlı olarak, sadece davacının yeminiyle de mümkündür.⁴⁷⁰

Kısaca ifade etmek gerekirse, İslam Ceza Yargılaması Hukukunda uyuşmazlıklar, şeklî gerçekliklere bağlı kalınarak hükme bağlandığı için, hâkime, günümüz ceza yargılamasında olduğu gibi, re'sen delil araştırma yetkisi tanınmamış olup, söz konusu uyuşmazlığın ispatlanması, genel bir prensip olarak, uyuşmazlık iddiasıyla mahkemeye başvuran davacıya tanınmıştır.

3. Ceza Yargılamasını Sonlandıran Hukukî Bir İşlem Olarak Mağdurun Affı

Ceza hukukunda af, herhangi bir hakkın ihlali netice veren ve suç oluşturan hukuka aykırı fiillerin ihlali ile ilişkin olarak sanık hakkındaki hukukî takibatı sonlandıran⁴⁷¹, cezaî yaptırıma yetkili organların uygulama yetkisini ortadan kaldıran, verilmiş cezaların kısmen veya tamamen infazını önleyen hukukî tasarrufları ifade etmektedir.⁴⁷²

İslam ceza yargılamasında af yetkisi, şahsî davaya konu olan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin olarak mağdura ve suçtan dolayı olarak zarar gören sıfatını haiz olan mağdurun yakınlarına tanınmıştır.⁴⁷³ Mağdurun af yetkisini bizzat kendisinin kullanması, müessir fiillerde olduğu gibi, mağdurun hayatta olması, suçtan doğrudan zarar gören olması ve ceza yargılamasında hukukî sonuç doğuracak hukukî

⁴⁶⁹ Sahnûn, IV, 42; *en-Nevevî, Ravdatu't-Tâlibîn*, VIII, 463; İbn Ferhûn, I, 229–230; eş-Şirbinî, V, 392.

⁴⁷⁰ eş-Şâfiî, XII, 354; İbn Cuzeyy, 299; eş-Şirbinî, V, 272; el-Hurâşî, VIII, 102.

⁴⁷¹ Atar, Fahrettin, “Af”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 1988, I, 395.

⁴⁷² Demirbaş, 611; Hakeri, *Yeni Türk Ceza Kanununun Temel Kavramları*, 358.

⁴⁷³ el-Kâsânî, X, 286–287; *en-Nevevî, Ravdatu't-Tâlibîn*, VIII, 197; İbnu'l-Humâm, IX, 140.

tasarruflarda bulunabilme ehliyetine sahip olması durumunda söz konusudur. Mağdurun hukukî temsilcilerinin af yetkisini kullanmaları ise, kısas gerektiren katl suçunda olduğu gibi, mağdurun hayatta olmaması ya da mağdurun hayatta olmasına rağmen, akıl hastalığı veya küçüklük gibi durumların varlığı sebebiyle, tasarruflarının ceza yargılaması açısından hukukîlik özelliği taşımadığı ve dolayısıyla hükme kaynaklık edemeyeceği durumlarda geçerlidir. Günümüz Türk Ceza Kanununda ise af yetkisi, anayasal bir düzenlemeyle yasama organı olan TBMM'ye verilmiştir.⁴⁷⁴ Türk Ceza Hukuku açısından, Söz konusu hukukî tasarrufun/af yetkisinin, özünde yargı organlarının bir tasarrufu olmayıp siyasi bir işlem olması sebebiyle⁴⁷⁵, hukuk dışı bir iradeye⁴⁷⁶ dayandığı ifade edilmektedir. Ancak af yetkisinin anayasal bir tasarruf olması nedeniyle, bu yetkiyi kullanan iradenin hukuk dışılığı, af yetkisinin hukukî bir tasarruf olmasını engellemez.

İslam Ceza Yargılaması Hukukunda af yetkisi, belirli durumlarda devlet başkanına da tanınmıştır. Suçun niteliği açısından şahsî davaya konu olan, ancak kısas cezasını gerektiren bir suçta mağdurun velisinin olmaması veya velinin ceza uyuşmazlığının çözümüne yönelik hukukî tasarrufta bulunma yetkisinin bulunmaması gibi durumlarda, dava açma ve kovuşturma evresinde velayetin devlet başkanına geçmesi nedeniyle, İslam hukukçuları arasında ihtilafli olmakla birlikte, devlet başkanının, mağdurun maslahatına binaen, kısas cezasını diyete çevirme yetkisi vardır.⁴⁷⁷ Ancak bu uygulama, mağdurun ya da velisinin, suçluyu maddî bir bedel karşılığında affetmesini, af değil sulh olarak değerlendiren İslam hukukçularına göre, sulh kapsamında ele alınmaktadır. Yine kamu hakkının ihlali sebebiyle ta'zîr cezasını gerektiren suçlarda, ta'zîr cezasının tayininde olduğu gibi, devlet başkanı ve onun tayin ettiği memurlar affa yetkilidirler. Ancak devlet başkanının affı, suçun ihlal ettiği şahsî hakların yargı konusu edilmesini etkilemez.⁴⁷⁸ Günümüz Türk Ceza Kanununda, yasama erkinin kullandığı af yetkisinden farklı ve ayrı olarak Cumhurbaşkanı'na da af yetkisi verilmiştir. Nitekim Anayasa'nın

⁴⁷⁴ TBMM'nin görev ve yetkilerini düzenleyen Anayasa'nın 87. maddesinde geçen "...Türkiye Büyük Millet Meclisi, üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile genel ve özel af ilanına karar vermek..." ibaresi de söz konusu yetkiye işaret eder.

⁴⁷⁵ Toroslu, 300.

⁴⁷⁶ Hakeri, *Yeni Türk Ceza Kanununun Temel Kavramları*, 358.

⁴⁷⁷ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IX, 477. Ayrıca bkz. Fudaylât, I, 92.

⁴⁷⁸ el-Mâverîdî, *el-Ahkâmü's-Sultâniyye*, 378; İbn Ferhûn, II, 224. Ayrıca bkz. Şafak, *Mezheplerarası Mukâyeseli İslam Ceza Hukuku*, 199.

Cumhurbaşkanı'nın görev ve yetkilerini düzenleyen 104. maddesinde, sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebi ile belirli kişilerin cezalarını hafifletme veya kaldırma, Cumhurbaşkanı'nın yetkileri arasında gösterilmiştir.⁴⁷⁹

İslam Ceza Yargılaması Hukukunda af yetkisine sahip bir diğer kimse ise, kasten öldürülen kimsenin kendisidir. Kısas/ölüm cezasını gerektiren suçlarda, mağdurun, suçun(müessir fiilin) vukuundan sonra fakat ölmeden önce suçluyu affetmesi, İslam hukukçularının çoğunluğuna göre ceza yargılamasında hukukî bir tasarruf olarak görülmektedir. Hanefî hukukçulara göre, müessir fiile maruz kalan kişi, müessir fiilden ve bu fiilin sebep olacağı sonuçlardan suçluyu affetse ve daha sonra söz konusu suç sebebiyle ölse, suçluya kısas ve diyet cezası uygulanamaz. Ancak Ebû Hanîfe (ö. 150/767)'ye göre, mağdur, müessir fiil ve onun neticelerinden değil de, sadece müessir fiilden dolayı affetse ve daha sonra söz konusu fiilden dolayı ölse, af geçerli olmaz ve suçlu kasten öldürme suçundan sorumlu tutulmakla birlikte, şüphe sebebiyle kendisine kısas değil diyet cezası gerekir. Ebû Hanîfe'nin son görüşüne karşılık Ebû Yûsuf (ö.182/798) ve İmâm Muhammed (ö.189/805), suçtan affın, aynı zamanda o suç sebebiyle doğacak diğer zararların da affı anlamına geleceği için, mağdurun, suçluyu müessir fiilden dolayı affetmesi, müessir fiilin yol açtığı ölümden de affı anlamına geleceği ve dolayısıyla suçluya kısas veya diyet cezasının gerekmeceği yönünde görüş belirtmişlerdir.⁴⁸⁰ Şâfiî ve Hanbelîlerin tercih edilen görüşü ise, Ebû Hanîfe'nin görüşü doğrultusundadır.⁴⁸¹ İmâm Mâlik (ö.179/795)'e göre ise, mağdur, sadece müessir fiilden dolayı affetme yetkisine sahip olup, henüz doğmamış bir neticeden dolayı affetme yetkisine sahip değildir. Bu sebeple, müessir fiile maruz kalan kimsenin, söz konusu fiil sebebiyle ölmesi durumunda ölümünden suçlunun sorumlu olmayacağını ifade etmesi, geçerli bir af değildir.⁴⁸²

İslam Ceza Yargılaması Hukukunda af konusu olabilecek suçların tespiti, suçun ihlal ettiği hakkın niteliği ile doğrudan ilişkilidir. İslam hukukçularının hakların Allah'a ve bireylere nispeti bağlamında yaptıkları tasnifler dikkate alındığında, toplumun bütününe ilgilendiren ve sırf Allah hakkı olarak kabul edilen

⁴⁷⁹ Demirbaş, 616.

⁴⁸⁰ el-Kâsânî, X, 292.

⁴⁸¹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IX, 471; eş-Şirbinî, V, 291.

⁴⁸² İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IX, 470; el-Hurâşî, VIII, 5.

hakların ihlalinde, devlet başkanı dâhil hiç kimseye af yetkisi verilmemiştir.⁴⁸³ Zira söz konusu alanda kanun koyucu, cezalandırılabilme şartlarını ve cezaların miktarını da tayin ederek bireysel bir tasarrufa yer bırakmamıştır. Diğer taraftan kanun koyucu, hadlerin uygulanmasını güç şartlara bağlayarak, haddi gerektiren cezaların af ile değil, farklı yollarla (şüphe vb.) uygulanma imkânının ortadan kaldırılmasını öngörmüştür.

Kul hakkı olarak nitelendirilen hakların ihlalinde ise - ki bu haklar şahsî davanın konusu olan haklardır- af söz konusudur. İslam Ceza Yargılaması Hukukunda affın konusunu oluşturan suçlar, ilerleyen bölümlerde daha detaylı bahsedileceği üzere, daha çok bu tür hak ihlalleridir. Herhangi bir suçun ancak şahsî dava yoluyla kovuşturulabilmesi ve yargı konusu edilebilmesi, o suçun affa konu edilebileceğini ifade eder.

İslam Ceza Hukukunda, suçların genel tasnifi bakımından hadler kapsamında değerlendirilen ancak kovuşturulması mağdurun dava açmasına bağlı olan kazf ve hırsızlık suçlarında, yaygın görüşe göre mağdurun affı hukukî bir nitelik taşımaktadır. Kazf ve hırsızlık suçunda affın geçerliliği konusu, bu tür suçlarda ihlal edilen hakkın niteliği/aidiyeti ve kovuşturma şartı ile doğrudan ilişkilidir. Bu bağlamda söz konusu hakların Allah hakkı olduğunu ve dolayısıyla kovuşturulmasının şikâyeteye bağlı olmadığını savunan Zâhirîlere göre, affın hukukî geçerliliği yoktur. Kazf ve hırsızlık suçlarında Allah hakkının üstün olduğunu savunan Hanefîlere göre, suç sabit olduktan sonra af geçerli değildir.⁴⁸⁴ Ancak bu suçların yargı konusu edilebilmesi, mağdurun dava açma şartına bağlıdır.⁴⁸⁵ Söz konusu suçların yargı konusu edilebilmesini, mağdurun dava açma koşuluna bağlayan Hanefîlerin görüşünü esas aldığımızda, davanın açılmamasını, zımnen af gibi değerlendirmek mümkün gözükmemektedir. Mâlikîlere göre, kazf suçunda dava açılmaksızın yapılacak af geçerli kabul edilirken, dava açılıp suç sabit olduktan sonra af geçerli kabul edilmemektedir.⁴⁸⁶ Şâfiî ve Hanbelîlere göre, kazf suçunda affın geçerliliği, suç dava konusu edilmeden söz konusu olabileceği gibi, yargılama sürecinde hatta uyuşmazlığın sonucuna ilişkin hükmün verilmesinden sonra bile

⁴⁸³ el-Kâsânî, IX, 248.

⁴⁸⁴ el-Kâsânî, IX, 248; İbnu'l-Humâm, V, 97;.

⁴⁸⁵ el-Kâsânî, IX, 249.

⁴⁸⁶ el-Huraşî, VIII, 90.

hukukî bir tasarruf olma niteliği taşır.⁴⁸⁷ Hırsızlık suçunda ise, İslam hukukçularının çoğunluğunun görüşü, söz konusu uyuşmazlığın yargı konusu edilmemiş olma koşuluna bağlı olarak affın hem had hem de suçun konusu olan malın tazmini açısından geçerli olacağı,⁴⁸⁸ suçun yargı konusu edilmesi durumunda ise, had cezası açısından geçerli olmayıp sadece malın tazminine ilişkin olacağı yönündedir.⁴⁸⁹

Türk Ceza Kanununda af, genel af ve özel af olmak üzere iki farklı şekilde düzenlenmiştir. Genel af, kamu davasını, uyuşmazlıklara bağlanan cezaî yaptırımları ve ceza mahkûmiyetinin bütün neticelerini ortadan kaldıran aftır.⁴⁹⁰ Özel af ise, hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son verilmesi veya infaz kurumunda çektirilecek sürenin kısaltılması ya da hapis cezasının adli para cezasına çevrilmesidir.⁴⁹¹ “Özel af ile genel af arasındaki fark, suç veya suçlu sayısı yönünden değil, affın sonuçları bakımındandır. Genel affın etkisi, kesin hükümden önce veya sonra olabilirken; özel af, ancak kesin hükümden sonra ve cezanın infazı ile ilgili olarak sonuç doğurur.”⁴⁹² Bir diğer ifadeyle genel af ile özel af arasındaki fark, affa uğrayan suçlar veya aftan yararlanan kişilerin sayısı bakımından değil, affın doğurduğu sonuçlar bakımındandır.⁴⁹³ Ancak, çıkarılan af, ister genel ister özel olsun, suçun kurucu unsurlarında herhangi bir değişikliği ifade etmez ve sonuçta suç oluşturan fiil yine hukuka aykırı fiil olarak kalır. Bu sebeple, hukuk mahkemelerinde dava açma hakkı af ile ortadan kalkmaz⁴⁹⁴ ve ceza yargılamasına müdahil sıfatıyla katılan suç mağduru, haksız fiille ihlal edilen hakkını, hukuk düzeninin öngördüğü şekilde, hukuk mahkemesinde telafi etme yoluna gider.

Türk Ceza Kanununda genel af ve özel aftan farklı olarak, yargılama sürecinde ceza ilişkisini sona erdiren bir yetki olarak mağdura “şikâyetten vazgeçme” hakkı tanınmıştır. Nitekim TCK’nın 73/4. maddesi: “Kovuşturma yapılabilmesi şikâyete bağlı suçlarda kanunda aksi yazılı olmadıkça suçtan zarar gören kişinin vazgeçmesi davayı düşürür ve hükmün kesinleşmesinden sonraki

⁴⁸⁷ el-Mâverdi, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XIII, 259; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 196.

⁴⁸⁸ Fudaylât, III,12; Yaylalı, 138.

⁴⁸⁹ Fudaylât, III,15; Yaylalı, 148.

⁴⁹⁰ TCK md. 65/1: “Genel af halinde, kamu davası düşer, hükmolunan cezalar bütün neticeleri ile birlikte ortadan kalkar.” şeklinde düzenlenmiştir.

⁴⁹¹ TCK md. 65/2’ de: “Özel af ile hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son verilebilir veya infaz kurumunda çektirilecek süresi kısaltılabilir ya da adli para cezasına çevrilebilir.” denilmektedir.

⁴⁹² Demirbaş, 615.

⁴⁹³ Toroslu, 301.

⁴⁹⁴ Hakeri, *Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları*, 358.

vazgeçme cezanın infazına engel olmaz.” şeklinde düzenlenmiştir. Ancak, TCK md. 73/6’da: “Kanunda aksi yazılı olmadıkça, vazgeçme onu kabul etmeyen sanığı etkilemez” denilmek suretiyle, şikâyetten vazgeçmenin hukukî bir nitelik kazanması sanığın bunu kabul etmesine bağlanmıştır. Bu sebeple şikâyetten vazgeçme, iki taraflı bir hukukî işlem olarak karşımıza çıkmaktadır. Kanun metninde belirtildiği şekliyle, şikâyetten vazgeçmenin geçerlilik alanı, ihlal edilen hakkın ya hakaret suçları ve hafif yaralama suçlarında olduğu gibi, yargılama hukukunca re’sen kovuşturmaya gerek görülmediği, ya mala karşı suçlarda olduğu gibi daha çok mağduru ilgilendirdiği, ya da eşe karşı cinsel saldırı suçunda olduğu gibi hukukun yerli yersiz kişilerin aile hayatına müdahale etmemesi gibi gerekçelerle, takibi mağdurun şikâyetine bağlı suçlarla sınırlandırılmıştır. Mağdurun bir tasarrufu olması yönüyle şikâyetten vazgeçme, İslam Ceza Yargılaması Hukuku’nda uygulanan affa benzerlik göstermektedir. Ancak burada önemle belirtmek gerekir ki, şikâyetten vazgeçme ceza ilişkisini sonlandırırken, ceza ilişkisinin düşmesine bağlı olarak mağdurun hukuk mahkemelerinde tazminat davası açma hakkını ortadan kaldırmaz. Diğer taraftan kovuşturulması şikâyetle bağlı suçlarda, mağdurun öngörülen süre içerisinde şikâyet etmemesi halinde, re’sen kovuşturma söz konusu olmaz ve bu bir bakıma mağdurun affı olarak düşünülebilir.

Sonuçları açısından affı değerlendirdiğimizde, affın İslam Ceza Yargılaması Hukuku ile Türk Ceza Yargılaması Hukuku açısından farklı sonuçlar doğurduğu görülmektedir. Genel olarak, İslam Ceza Yargılaması Hukukunda af denilince, kul hakkı olan ya da ihtilafli olmakla birlikte kul hakkının ağırlıklı olduğu müşterek haklarda mağdurun ya da hukukî temsilcisinin, ihlal edilen haklarından vazgeçmeleri anlaşılırken; Türk Ceza Yargılaması Hukukunda ise, yasama organının, mağdurun herhangi bir müdahalesi olmaksızın, ceza ilişkilerini bütünüyle ya da kısmen sona erdiren hukukî tasarrufları anlaşılır. Yasama organının kullandığı bu yetkinin sonucunda ise, özellikle genel af açısından, af kapsamına giren suçlara ilişkin kamu davası açılmamışsa, artık dava açılmaz, kamu davası açılmış ise davanın düştüğüne karar verilir. Kovuşturmanın kamusalılığından istisna olmak üzere şahsî dava yoluyla kovuşturulan suçlarda da mağdurun kesin hükümden önce şikâyetinden vazgeçmesi, öncelikle kamu davasının düşmesine sebep olur. Kamu davasının düşürülmesi, mağdurun hukuk mahkemesinde ihlal edilen hakkını aramasına engel değildir. İslam

Ceza Yargılaması Hukuku'nda ise af, şahsî hak talebine ilişkin uyuşmazlığı ortadan kaldırırken, kamu davasının düşmesini etkilemez. Ayrıca af ya da başka bir sebeple, suçun ihlaline ilişkin aslî cezanın uygulanamaması durumunda, suçlunun ta'zîren cezalandırılacağını savunan İslam hukukçularının görüşlerini dikkate aldığımızda, ceza ilişkisinin bütünüyle ortadan kalktığını iddia etmek güç gözükmemektedir.

4. Ceza Yargılamasını Sonlandıran Hukukî Bir İşlem Olarak Mağdurun Suçlu ile Uzlaşması

Ceza yargılamasında sulh, uyuşmazlık konusu hakkın ihlaline ilişkin olarak, tarafların, aralarındaki uyuşmazlığı ortadan kaldırmak amacıyla, bir bedel karşılığında ve karşılıklı rızaya dayalı yaptıkları akit anlamına gelmektedir. Ancak İslam hukukçuları arasında, özellikle kısas cezasının diyete çevrildiği durumlarda, sulh farklı anlaşılmıştır. Ebû Hanîfe (ö. 150/767) ve İmâm Mâlik (ö.179/795), bu tür suçlarda uygulanması gereken aslî cezanın kısas olduğunu; ancak kısasın diyete çevrilmesi söz konusu olduğunda ise, bunun, yukarıda verdiğimiz tanıma uygun olarak, suçlunun muvafakatı alındıktan sonra geçerli bir tasarruf olacağını kabul ederler.⁴⁹⁵ Bu durumda sulh yolu ile üzerinde anlaşılan malî bedel, suç fâili açısından akitten doğan bir borç olarak telakki edilmektedir. İmâm Şâfiî (ö.204/820) ve Ahmed b. Hanbel (ö.241/855)'e göre ise, kısas gerektiren suçların kasten işlenmesi durumunda, kısas ve diyetten birinin uygulanması şarttır ve bu uygulamada tercih hakkı tek taraflı olarak mağdur veya hukukî temsilcisininindir ki; bu bir sulh değil, aftır.⁴⁹⁶ Bahsedilen farklılıktan anlaşılacağı üzere, ilk görüş sahipleri, söz konusu uyuşmazlığın çözümüne ilişkin bedel/ıvaz tayinini, af ile sulh ayrımında temel bir ölçüt olarak kabul ederken;⁴⁹⁷ ikinci görüş sahipleri ise, böyle bir ölçüte bağlı kalmaksızın, kısas cezasının diyete çevrilmesini mağdurun affı olarak değerlendirirler. Türk Ceza Hukukunda ise sulh/uzlaşma, şahsî dava yoluyla kovuşturulması öngörülen uyuşmazlıklarda, davacı ile davalının, gerek hazırlık soruşturması aşamasında gerekse yargılama sürecinde, tazmin ve karşılıklı rıza esasına dayalı olarak yaptıkları akit anlamına gelmektedir.⁴⁹⁸

⁴⁹⁵ el-Kâsânî, X, 295; İbn Cuzeyy, 340; İbnu'l-Humâm, IX, 140–141.

⁴⁹⁶ İbn Muflih, VII, 241–242; eş-Şirbinî, V, 287; el-Buhûtî, V, 543.

⁴⁹⁷ el-Kâsânî, X, 295; İbn Ruşd, IV, 1660.

⁴⁹⁸ TCK md. 73/8'de: "Suçtan zarar göreni gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi olup, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyeteye bağlı bulunan suçlarda, fâilin suçu kabullenmesi ve

İslam Ceza Hukukunda sulh yetkisi genel olarak, af yetkisiyle birlikte değerlendirilmektedir. Bu bağlamda sulh yetkisi, bazı durumlarda mağdura, bazı durumlarda mağdurun hukukî temsilcine tanınmıştır.⁴⁹⁹ Türk Ceza Hukukunda ise uzlaşma yetkisi, affa ilişkin düzenlemelerin aksine mağdura verilmiştir. Nitekim TCK md. 73/8’de: “Suçtan zarar göreni gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi olup, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyeteye bağlı bulunan suçlarda, fâilin suçu kabullenmesi ve doğmuş olan zararın tümünü veya büyük bir kısmını ödemesi veya gidermesi koşuluyla mağdur ile fâil özgür iradeleri ile uzlaştıklarında ve bu husus Cumhuriyet savcısı veya hâkim tarafından saptandığında kamu davası açılmaz veya davanın düşürülmesine karar verilir.” denilmek suretiyle söz konusu yetkinin aidiyeti, geçerlilik alanı ve şartlarına işaret edilmektedir. Uzlaşma yetkisinin kullanımı açısından, Türk Ceza Yargılaması Hukuku ile İslam Ceza Yargılaması Hukuku arasında genel anlamda bir fark görülmemektedir.

Uzlaşma konusu uyuşmazlıklar açısından da İslam Ceza Yargılaması Hukuku ile Türk Ceza Yargılaması Hukuku benzerlik göstermektedir. İslam Ceza Yargılaması Hukuku’nda sulhun geçerlilik alanı, affa benzer biçimde, şahsî dava yoluyla kovuşturulabilen uyuşmazlıklar olarak tespit edilmiştir. Ayrıca suçların genel tasnifi açısından hadler kapsamında değerlendirilmekle birlikte, İslam hukukçularının çoğunluğuna göre şahsî dava yoluyla kovuşturulan kazf ve hırsızlık suçlarının uzlaşmaya konu olabilmeleri, söz konusu suçlara ilişkin dava açılmamış olması şartına bağlanmıştır. Türk Ceza Yargılaması Hukukunda ise, “kovuşturmanın kamusalılığı” ilkesi genel bir prensip olarak kabul edilmekle birlikte, kanun koyucu bazı durumlarda kovuşturmanın yapılmasını mağdurun şikâyetine bağlamıştır ki; bu da uzlaşma konusu uyuşmazlıkların alanını⁵⁰⁰ oluşturur.

Uzlaşmanın sonuçları açısından, İslam Ceza Yargılaması Hukuku ile Türk Ceza Yargılaması Hukukunu mukayese ettiğimizde ise, bir takım farklılıkların varlığı ortaya çıkmaktadır. Türk Ceza Yargılaması Hukukunda uzlaşmayla uyuşmazlık bütünüyle sonlanırken; İslam Ceza Yargılaması Hukukunda ise,

doğmuş olan zararın tümünü veya büyük bir kısmını ödemesi veya gidermesi koşuluyla mağdur ile fâil özgür iradeleri ile uzlaştıklarında ve bu husus cumhuriyet savcısı veya hâkim tarafından saptandığında kamu davası açılmaz veya davanın düşürülmesine karar verilir.” denilmektedir.

⁴⁹⁹ el-Kâsânî, X, 295.

⁵⁰⁰ Örneğin TCK md. 151/1’de, *mala zarar verme* suçunun kovuşturulması mağdurun şikâyet etmesi koşuluna bağlanmıştır. Bu koşul ise söz konusu suçun uzlaşmaya konu olabileceği anlamını taşımaktadır.

uzlaşmayla, ceza uyuşmazlığı tamamen sona ermeyip suçlunun ta'zîren cezalandırılması söz konusu olur. Diğer taraftan hırsızlık ve kazf suçunda, uzlaşmanın hukukî geçerliliği, uyuşmazlığın dava konusu edilmemiş olması şartına bağlanmıştır. Ancak davanın açılmış olması, hırsızlık suçunda mağdurun şahsî hakkı üzerindeki tasarruf yetkisini etkilemez.

B. MAĞDURİYETİN GİDERİLMESİ

İslam ve Türk Ceza Hukukunda mağdurun korunması sorunu, mağduriyetin, kimi durumlarda kısmen⁵⁰¹ kimi durumlarda tamamen⁵⁰² giderilme çabasına ilişkin düzenlemeleri ifade etmektedir. Söz konusu düzenlemeler çerçevesinde bu sorun, daha çok ceza uyuşmazlığına bağlanan hukukî sonuçlar bağlamında ele alınabilecek niteliktedir. Mağduriyetin kısmen veya tamamen giderilmesine ilişkin düzenlemeler İslam Ceza Hukukunda, *diyet*, *aynen iade* ve *tazminat* olarak ifade edilirken; Türk Ceza Hukukunda, *aynen iade*, *suçtan önceki hale getirme* ve *tazminat* olarak ifade edilmektedir. Ancak her iki hukuk sistemi, mağdurun korunmasına ilişkin düzenlemeler bağlamında incelendiğinde -ilerleyen paragraflarda daha detaylı belirtileceği şekliyle- aralarında belirgin bir fark vardır. İslam Ceza Hukukunda, mağduriyetin kısmen giderilmesine ilişkin hukukî düzenlemeyi ifade eden diyet ile mağduriyetin tamamen giderilmesini ifade eden aynen iade ve tazminat, aslî bir yaptırım olarak öngörülmektedir. Zira diyet, kasıt benzeri ve hataen işlenen kısas konusu suçlarda aslî bir yaptırım olarak öngörülmektedir.⁵⁰³ Ayrıca diyet, bazı İslam hukukçuları (Şâfiî ve Hanbelîler) tarafından, kasten işlenen kısas konusu suçlarda, maktûlün yakınlarının tercihinin bırakılmak üzere kısasa alternatif bir yaptırım olarak öngörülmektedir.⁵⁰⁴ Diğer taraftan mala karşı işlenen hırsızlık suçunda da, İslam hukukçularının çoğunluğuna göre, had cezasıyla birlikte malın tazmini de aslî bir

⁵⁰¹ İslam Ceza Hukukunda, öncelikle katl suçu ve müessir fiillere ilişkin olmak üzere, kimi durumlarda aslî cezaya bedel bir yaptırım, kimi durumlarda da aslî bir yaptırım olarak öngörülen diyetin, mağduriyetin kısmen giderilmesi amacına yönelik bir düzenleme olduğu söylenebilir.

⁵⁰² İslam ve Türk Ceza Hukukunda, mala karşı işlenen suçlarda, uyuşmazlık konusu malın aynen iadesi veya zararın tazmin edilmesine bağlı olarak tarafların uzlaşması durumunda, ceza uyuşmazlığının sona ereceğinin hükme bağlanması, mağduriyetin bütünüyle giderilmesi amacına ilişkin bir düzenlemedir.

⁵⁰³ eş-Şâfiî, XII, 373; Semerkandî, III, 103; el-Kâsânî, X, 299; İbn Cuzeyy, 339; eş-Şirbinî, V, 211.

⁵⁰⁴ İbn Muflih, VII, 240; eş-Şirbinî, V, 287.

yaptırım olarak kabul edilmiştir.⁵⁰⁵ Türk Ceza Hukukunda ise, ilgili düzenlemeler, doğrudan mağduriyetin giderilmesine ilişkin olmayıp, cezanın ertelenmesi, cezanın indirilmesi ve kısa süreli cezaların sona erdirilebilmesinin birer ön koşulu şeklindedir. Örneğin söz konusu tespiti işaret etmek üzere TCK md. 168/1’de: “Hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık ve karşılıksız yararlanma suçları tamamlandıktan sonra ve fakat bu nedenle hakkında kovuşturma başlamadan önce fâilin, azmettirenin veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle gidermesi halinde; üçte birden üçte ikiye kadar indirilir. Yağma suçunda ise, cezada altıda birden üçte bire kadar indirim yapılır.” denilmektedir. Son söylenenler doğrultusunda bir mukayese yapılırsa, İslam Ceza Hukukunda, ceza uyuşmazlığına bağlanan hukukî sonuçlarla mağduriyetin giderilmesinin ön plana çıkarıldığı söylenebilir. Ancak bu tespit, ceza hukuku normları özelinde sisteme ilişkin bir değerlendirme olup, Türk hukuk sisteminde, ceza uyuşmazlığından kaynaklanan mağduriyetin giderilmesine ilişkin düzenlemelerin, bahsi geçen ceza normlarıyla sınırlı olduğu anlamını içermemektedir. Zira 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda, eski kanundan farklı olarak, şahsî hak davaları kaldırılmış ve buna bağlı olarak, işlenen bir suç dolayısıyla uğranılan maddî ve manevî zararların giderilmesi için açılan maddî ve manevî tazminat davalarının da hukuk mahkemelerinde görülmesi usulü benimsenmiştir.⁵⁰⁶

Türk Ceza Kanununda, mağdurun zararının fâil tarafından ödenmesine ilişkin bazı hükümlere yer verilmek suretiyle, mağduriyetin giderilmesi amaçlanmıştır. Bu amaca yönelik olarak, TCK md. 73/8’de: “ Suçtan zarar göreni gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi olup, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyeteye bağlı suçlarda, fâilin suçu kabullenmesi ve doğmuş olan zararın tümünü veya büyük bir kısmını ödemesi veya gidermesi koşuluyla mağdur ile fâil özgür iradeleri ile uzlaştıklarında ve bu durum Cumhuriyet savcısı veya hâkim tarafından saptandığında kamu davası açılmaz veya davanın düşürülmesine karar verilir.” denilerek, mağduriyetin giderilmesi, kamu davasının açılmamasına veya sona erdirilmesine gerekçe olarak düzenlenmiştir. TCK md. 51/2’de ise: “ Cezanın ertelenmesi, mağdurun veya

⁵⁰⁵ el-Mâverdi, *el-Ahkâmü’s-Sultâniyye*, 375; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 274; en-Nevevî, *Ravdatu’t-Tâlibîn*, VIII, 466.

⁵⁰⁶ Yılmaz, 24.

kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale geri getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi koşuluna bağlı tutulabilir.” denilmek suretiyle, mağduriyetin giderilmesi, cezanın ertelenebilmesinde bir ön koşul olarak düzenlenmiştir. Zikredilen hususlar dışında mağduriyetin giderilmesi, kimi durumlarda hafifletici sebep olarak, kimi durumlarda da kısa süreli hapis cezalarının sona erdirilme koşulu olarak düzenlenmiştir. Nitekim söz konusu hususlara işaret etmek üzere TCK md.168/1’de: “Hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık ve karşılıksız yararlanma suçları tamamlandıktan sonra ve fakat bu nedenle hakkında soruşturma başlamadan önce fâilin, azmettirenin veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle gidermesi halinde; cezası üçte birden üçte ikiye kadar indirilir.” denilirken; TCK md. 50/1’de de: “ Kısa süreli hapis cezası, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa, suçun işlenmesindeki özelliklere göre; a. adlî para cezasına, b. mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesine çevrilebilir.” denilmektedir. Ancak Türk hukuk sisteminde mağduriyetin giderilmesi, bahsedilen ceza normlarından ayrı olarak, maddî ve manevî tazminat davası yoluyla da mümkündür.

İslam Ceza Hukukunda ise, mağduriyetin giderilmesine ilişkin en esaslı düzenleme, kısasın uygulanamadığı durumlarda kısasa bedel, kasıt benzeri ya da hatâen işlenilen katl suçları ile müessir fiillerde ise, aslî bir yaptırım olarak öngörülen diyetdir. Diğer taraftan İslam Ceza Hukukunda, mağduriyetin giderilmesi amacına uygun olarak diyet sorumluluğu, kısastan farklı biçimde ve esnek olmayan bir tarzda hükme bağlanmıştır. Örneğin cezaî sorumluluğu olmayan kimselerin işlediği suçtan dolayı kısasa hükmedilemezken, bu suçun söz konusu nitelikteki kimseler tarafından işlenmesi diyeti etkilememektedir.⁵⁰⁷ Zira bu durumda diyetin sebebi, hayat ve yaşam hakkı hukuken korunan kişinin mağduriyetinin giderilmesidir. Diyet yoluyla mağduriyetin giderilmesi bağlamında ileri birer uygulamayı temsil eden *kasâme* ve *âkile* müesseselerinin varlığı da, konumuz açısından son derece önemlidir. Zira her

⁵⁰⁷ İslam Ceza Hukukunda isnat yeteneğine sahip olmayan (akıl hastası veya küçük yaşta olan) kimselerin kısas cezasını gerektiren bir fiil işlemeleri durumunda, bu kimselerin ceza sorumluluğuna sahip olmaması sebebiyle kısasa değil sadece diyete hükmedilebilmektedir. Bkz. Sahnûn, IV, 630; el-Kâsânî, X, 237; en-Nevevî, *Ravdatu't-Tâlibîn*, VIII, 313; İbn Cuzeyy, 339.

iki müessese de, doğrudan mağduriyetin giderilmesi amacına yönelik olarak tesis edilmiştir. Kasâme, “Fâilin kesin delille belirlenemediği bir cinayet işlendiğinde, suç mahallinden belirli sayıda bir topluluğun, haklarındaki suç isnadını defetmek veya maktûlün yakınlarının suç isnadında bulunmak amacıyla mahkeme huzurunda yaptığı özel yeminlerin adıdır.”⁵⁰⁸ Kasâmenin tanımı ve uygulanabilme şartları konusunda İslam hukukçuları farklı görüşler ortaya koymuşlardır. Ancak biz söz konusu uygulamayı, konumuzla doğrudan ilişkilendirebilmek amacıyla –İslam hukukçularının konuyla ilgili detay görüşlerini bir yana bırakarak- bu uygulamaya bağlanan hukukî sonuçlar açısından ele almaya çalışacağız. Nehâ’î (ö.95/714), Şa’bî (ö.103/712), Hasan el-Basrî (ö.110/728), Süfyan es-Sevrî (ö.161/778), Hanefîler, yeni görüşünde İmâm eş-Şâfiî (ö.204/820) ve Zeydîlere göre, hukukî esaslara uygun olarak yapılan kasâmenin hukukî sonucu bütün durumlarda diyettir.⁵⁰⁹ Buna karşılık Mâlikîler, Hanbelîler, Zâhirîler, Caferîler, Zührî (ö.124/742), Leys b. Sa’d (ö.175/791), Evzâî (ö.176/792), Ebû Sevr (ö.240/854) ve İbnü’l-Münzir (ö.318/930)’e göre, cinayetin kasten işlendiğinin tespit edilmesi durumunda kısasa, diğer durumlarda ise diyete hükmedilir.⁵¹⁰ İkinci görüş sahiplerinin kastın varlığına bağladıkları hukukî sonuç/kisas dışında, kasâme uygulamasının, bütünüyle mağduriyetin giderilmesine ilişkin bir uygulama olduğu söylenebilir. Diğer taraftan İslam Ceza Hukukunda *cezaların şahsîliği* ilkesine rağmen böyle bir uygulamanın varlığı, mağduriyetin giderilmeye çalışılması olarak değerlendirilebilir. Diğer İslam hukukçularından farklı olarak Hanefî hukukçular, maktûlün kamuya ait bir yerde bulunması durumunda, kasâmenin uygulanamayacağını, ancak mağdurun diyetinin doğrudan devlet hazinesinden ödenmesi gerektiğini savunmaktadırlar.⁵¹¹ Âkile ise,

⁵⁰⁸ Bardakoğlu, Ali, “Kasâme”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 2001, XXIV, 528. Metinde verilen tanım iki farklı yaklaşımı ortaya koymaktadır: Hanefîlere göre kasâme, *fâili meçhul cinayet davalarında suçun işlendiği bölge sakinlerinden elli erkeğin, söz konusu cinayeti işlemediklerine ve işleyeni de bilmediklerine dair yemin etmeleridir*. Bkz. Semerkandî, III, 131; el-Kâsânî, X, 375. Şâfiî, Hanbelî ve Mâlikî hukukçulara göre ise kasâme, *fâili meçhul cinayet davalarında, maktûlün velilerinin cinayeti belli bir şahsın işlediğine dair ettikleri elli yemindir*. Bkz. Sahnûn, IV, 648; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 14; en-Nevevî, *Ravdatu’t-Tâlibîn*, VIII, 339.

⁵⁰⁹ eş-Şâfiî, XII, 318; el-Mâveridî, *el-Hâvi’l-Kebîr*, XIII, 14; Semerkandî, III, 132; el-Kâsânî, X, 375; İbn Ruşd, IV, 1707–1708; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 19; en-Nevevî, *Ravdatu’t-Tâlibîn*, VIII, 353. Ayrıca bkz. Bardakoğlu, DİA, XXIV, 530.

⁵¹⁰ Sahnûn, IV, 648; İbn Ruşd, IV, 1707; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 19. Ayrıca bkz. Bardakoğlu, DİA, XXIV, 530.

⁵¹¹ el-Kâsânî, X, 383.

kasıt benzeri ve hataen işlenen kısas konusu suçlar⁵¹² ile ceza sorumluluğu taşımayan kimselerin (küçük/sabî ve akıl hastası/mecnûn olan kimseler) suçlarına⁵¹³ bağlanan diyet cezasını ödeme yükümlülüğünü üstlenen kimseleri veya kurumları ifade etmektedir. Kasâmede olduğu gibi, *ceza sorumluluğunun şahsîliği* ilkesine ters düşen bu uygulamanın varlığı da, doğrudan mağduriyetin giderilmesi amacına yöneliktir. Son olarak hırsızlık suçunda da İslam hukukçularının çoğunluğunun had cezasıyla birlikte ihlale konu olan malın iadesi veya tazminine hükmetmesi de⁵¹⁴ doğrudan mağduriyetin giderilmesine yönelik bir düzenlemedir.

Özetle ifade etmek gerekirse, İslam Ceza Hukukunda mağduriyetin giderilmesinden, ceza uyuşmazlığına bağlanan hukukî sonuçlar yoluyla mağduriyetin kısmen veya tamamen giderilmesi anlaşılmaktadır. Bu ise, doğrudan tazminata konu olan suçlarda/mala karşı suçlarda *aynen iade* veya *tazmin* şeklinde, hayat hakkı ve vücut bütünlüğüne karşı işlenen suçlarda ise *diyet* şeklinde ifade edilmektedir.

⁵¹² el-Mâverdî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XIII, 340; el-Kâsânî, X, 311; İbn Ruşd, IV, 1678; en-Nevevî, *Ravdatu't-Tâlibîn*, VIII, 299; el-Buhûtî, VI, 64.

⁵¹³ İbn Ruşd, IV, 1679; en-Nevevî, *Ravdatu't-Tâlibîn*, VIII, 313; İbn Cuzeyy, 339; el-Buhûtî, VI, 65.

⁵¹⁴ el-Mâverdî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XIII, 342; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, X, 274.

SONUÇ

Çalışmamızda mağdur nitelemesi, İslam Ceza Hukuku açısından kavramsal olarak ve ceza hukuku özel hükümleri düzeyinde, ayrıca ceza normunun düzenlenişi ile ceza uyuşmazlığının hükme bağlanması arasındaki hukukî süreci kapsayacak biçimde ele alınmıştır. Bu doğrultuda çalışmamıza ilişkin bulgular şu şekilde özetlenebilir:

Ceza hukuku açısından mağdurun tanımı ya da mağdur nitelemesinin kullanımı, öncelikle ceza hukuku normlarınca korunan bir hak veya menfaatin varlığını ve bu hak veya menfaatin ceza kanununda suç olarak tanımlanan fiille ihlalini zorunlu kılmaktadır. Zira suç ya da suçlu ile mağduriyet veya mağdur arasında sebep-sonuç ilişkisine dayanan zorunlu bir ilişki vardır. Bu zorunlu ilişkiye bağlı olarak ceza hukuku açısından mağdur, *ceza normu tarafından korunan ve suçla ihlal edilen ya da tehlikeye sokulan, yani suçun hukukî konusunu oluşturan hukukî varlık veya menfaatin sahibi*, olarak tanımlanmaktadır. Ceza normu yoluyla korunan ve ihlale konu olan hakkın sahibi olması yönüyle de mağdur, *suçtan doğrudan zarar gören kişidir*. Mağdurun, *suçtan doğrudan zarar gören* olarak tanımlanması, esasen mağdur kavramı ile *suçtan zarar gören* kavramı arasındaki farklılığa işaret etmektedir. Ancak bu farklılık, suçtan zarar gören kavramının, mağdur kavramından farklı biçimde ve farklı kişiye işaret etmek üzere spesifik olarak kullanıldığında ortaya çıkmaktadır. Bu farklı kullanım en belirgin biçimde, suç mağdurunun her durumda ceza ilişkisinin tarafı olmasına karşılık, suçtan zarar görenin, ceza yargılamasında yargı süjesi olmasıyla açıklanabilmektedir. Örneğin ceza normlarınca hayat hakkı korunan bir kimsenin öldürülmesi durumunda, suçla hayat hakkı ihlal edilen kimse suçun mağduru iken, bu suçun yargı konusu edilmesi ve suça öngörülen yaptırımın uzlaşma yoluyla hafifletilmesi ya da af yoluyla ortadan kaldırılması konusunda yetkilendirilen kimse/kimseler de suçtan zarar görendir. Bu farklılığa işaret etmek üzere İslam Hukuku kaynaklarında mağdur kavramına karşılık *mecni aleyh* ya da *maktûl*, suçtan zarar gören kavramına karşılık ise *velıyyü'l-maktûl* ifadeleri kullanılmaktadır. Buna karşılık söz konusu kavramlar, müessir fiillerde ve kazf suçunda olduğu gibi, suçtan doğrudan zarar gören kimsenin aynı zamanda ceza

yargılamasında yargı süjesi olduğu durumlarda aynı anlamı ve aynı kişiyi ifade etmektedir.

Ceza hukuku açısından mağduriyetin ve dolayısıyla mağdurun varlığı, ihlale konu olan hak ve menfaatlerin ceza tehdidi içeren normlar yoluyla korunuyor olması ile aynı zamanda bu normların yer ve kişi bakımından hukuken geçerli olmasına bağlıdır. Buna göre İslam Ceza Hukuku normlarınca hayat hakkı hukuken korunmayan harbi ve mürted, öldürülmeleri durumunda mağdur olarak değil, ancak maktûl olarak nitelendirilebilirler. Buna karşılık hayat hakkı hukukun korunan Müslüman, zimmî ve müste'minler katl suçunun mağduru olabilirler. Hanefîler dışındaki İslam hukukçularına göre, kişilerin can ve mal güvenliğini güvence altına alan ceza hukuku normlarının yer ve kişi bakımından geçerliliği, bu normlara muhatap olacak kişinin Müslüman ve eman sahibi olmasıyla belirlenmektedir. Buna göre, İslam ülkesinde bulunan zimmî ve müste'minler ile İslam ülkesinde ya da İslam ülkesi dışında bulunan Müslümanlar, İslam Ceza Hukuku normlarına uymakla yükümlü olan kimselerin işlediği suçların mağduru olabilmektedirler. Buna karşılık, örneğin İslam ülkesi dışında harbi bir kimsenin işlediği haksız fiile maruz kalan Müslüman, suç mağduru olarak nitelendirilemez. Hanefîlere göre ise, bir kimsenin can ve mal güvenliğinin korunmasına ilişkin normların geçerliliği, mülkîlik sisteminin uygulanmasına bağlı olarak büyük ölçüde İslam devlet başkanının hâkimiyet alanıyla belirlenmektedir. Ayrıca zimmî ve müste'minlerin İslam ülkesi sınırları dâhilinde can ve mal güvenlikleri, zimmet akdi ve emanın varlığına bağlıdır. Buna göre, İslam ülkesinde ve devlet başkanının yetki sınırları içerisinde, kendisine karşı suç işlenen Müslüman, zimmî ve müste'minler İslam Ceza Hukuku açısından suç mağduru olabilmektedirler. Söz konusu sistemin tamamlayıcısı olarak benimsenen yarı mülkîlik/şahsîlik sistemine göre, İslam ülkesi dışında, Müslüman bir kimse tarafından kendisine karşı suç işlenen Müslüman da, sadece diyet ve tazminata konu olan hak ihlallerinin mağduru olabilmektedir. İslam hukukçularının çoğunluğunun benimsediği görüşe göre, içki içme suçuna ilişkin düzenlemeye uymakla yükümlü olmayan zimmîler ile sırf Allah hakkına ilişkin bazı düzenlemelere uymakla yükümlü olmayan müste'minlerin, sözü edilen düzenlemeleri ihlal etmeleri durumunda, suçtan ve dolayısıyla toplumun mağduriyetinden bahsedilemez.

İslam ceza hukukunda her bir suç özelinde mağdur, ihlale konu olan hakkın niteliğine göre belirlenebilmektedir. Buna göre, ihlal edilen hakkın, kişi hakkı olarak değerlendirildiği ve bu sebeple ancak şahsî dava yoluyla yargı konusu edilebileceği suçlarda mağdur, sadece ihlale konu olan ceza normu yoluyla korunmak istenen hakkın sahibidir. Örneğin kısas ve diyet cezası gerektiren suçlarda mağdur, öldürülen veya müessir fiile maruz kalan kişidir. Ancak İmâm Mâlik'e göre, her bir suç aynı zamanda toplum menfaatini de ihlal ettiği için, suçluya, normda öngörülen yaptırımdan ayrı olarak ta'zîr cezası da uygulanması gerekir. Bu durumda ister şahsî bir hakkı ihlal etsin, ister kamusal bir hakkı ihlal etsin, her suçun zorunlu mağduru, muayyen kişi ya da kişilerden ayrı olarak toplumdur. Ancak şahsî bir hakkın ihlaliyle birlikte toplum hakkının da ihlaline karar verilebilmesi, ceza uyuşmazlığının şahsî dava yoluyla yargı konusu edilmiş olmasına bağlıdır. Zira İslam Ceza Yargılamasında kovuşturmanın kamusalılığı ilkesi sırf Allah hakkı olarak belirlenen hak ihlalleri açısından geçerlidir. İmâm Mâlik'in görüşüne karşılık diğer İslam hukukçuları, herhangi bir şahsî hak ihlaliyle birlikte toplum menfaatinin ihlaline karar verilebilmesinin, ancak uyuşmazlığı hükme bağlayacak hâkiminin ichtihadıyla mümkün olacağı görüşündedirler. İslam Ceza Hukukunda, zina ve içki içme suçlarında olduğu gibi, sırf Allah hakkı olarak belirlenen ve had cezasını gerektiren hak ihlallerinin mağduru ise toplumdur. Zira söz konusu hak ihlalleri re'sen kovuşturmanın konusunu oluşturmaktadır. İslam hukukçularının çoğunluğuna göre, Allah ve kul hakkının bir arada ihlal edildiği hırsızlık ve kazf suçlarında ise mağdur, suçtan doğrudan zarar gören kişinin dava açıp açmamasına göre belirlenmektedir. Buna göre, söz konusu uyuşmazlığın yargı konusu edilmemesi durumunda mağdur, sadece suçtan doğrudan zarar gören kişi iken, uyuşmazlığın yargı konusu edilmesi durumunda ise, suçtan doğrudan zarar gören kişi ile birlikte toplumdur. Ta'zîr cezasını gerektiren suçlarda ise mağdur, yine aynı şekilde ihlal edilen hakkın niteliğine göre belirlenmektedir.

İslam Ceza Hukukunda, şahsî hakların ihlaline ilişkin olmak üzere, mağdurun rızasına bir takım hukukî sonuçlar bağlanmaktadır. Özellikle belirtmek gerekir ki, herhangi bir fiilin suç olarak tanımlanabilmesi, o fiilin, hak sahibinin rızası hilafına gerçekleştirilmiş olma koşuluna bağlandığı durumlarda, mağdurun rızasından değil, ilgilinin rızasından bahsedilebilir. Kasten adam öldürme suçunda mağdurun rızası,

İmâm Züfer dışındaki Hanefî hukukçular tarafından kısas cezasının diyete dönüştürülmesinde bir şüphe unsuru olarak ele alınırken, Şâfiî ve Hanbelîlerce, ceza sorumluluğunu bütünüyle ortadan kaldıran hukukî bir işlem olarak değerlendirilmektedir. Buna karşılık İmâm Züfer ve Mâlikîlere göre, katle rızanın hiçbir hukukî geçerliliği yoktur. Müessir fiile rıza ise, Hanefî hukukçulara göre, söz konusu fiilin suç olarak tanımlanmasına engeldir. Zira Hanefîlere göre, kişinin organları mal hükmündedir. Bu durumda, mal varlığına karşı işlenen suçlarda olduğu gibi, mağdurun rızasından değil, ancak ilgilinin rızasından bahsedilebilir. Müessir fiile rıza, Şâfiî ve Hanbelîlerce, fiili hukuka uygun hale getirmemekle birlikte, ceza sorumluluğunu bütünüyle ortadan kaldıran hukukî bir işlem olarak; Malikîlere göre ise, cezaî sorumluluğunu kısmen ortadan kaldıran hukukî bir işlem olarak değerlendirilmektedir. Söz konusu edilen hususların dışında, yargı konusu edilebilmesi mağdurun şikâyetine bağlı olan suçlarda da, mağdurun rızasının hukukî bir işlem olarak değerlendirildiği söylenebilir.

İslam Ceza Hukukunda, gerek uyuşmazlıkların kovuşturulmasına ilişkin ilkeler açısından, gerekse bu uyuşmazlıklara öngörülen yaptırımlar açısından mağdurun sıfatı önemli bir yere sahiptir. Bu bağlamda, mağduru gerçek kişi/kişiler olarak tespit edilen suçların kovuşturulması şahsî dava yoluyla yapılırken, mağduru toplum olan suçlar, re'sen kovuşturulmaktadır. Ayrıca mağduru gerçek kişi/kişiler olan suçlarda af ve sulh gibi işlemlerin hukukî geçerli olmasına karşılık, mağduru toplum olan suçlarda söz konusu işlemlerin hukukî geçerliliğinden bahsedilemez. Ceza uyuşmazlıklarına öngörülen yaptırımlar açısından ise mağdurun sıfatı, ceza sorumluluğunun kısmen ortadan kaldırılma sebebi olarak ele alınmaktadır. İlgili bölümde İslam hukukçularının farklı görüşleriyle birlikte ayrıntılı olarak belirtildiği üzere, suç mağdurunun gayr-i müslim, köle, kadın, suçlunun furûu ve müste'min olması, ceza sorumluluğunun azaltılma sebebi olarak ele alınmaktadır. Bunun dışında kazf suçuyla sınırlı olmak üzere, mağdurun küçük ve akıl hastası olması da had cezasına değil, ta'zîr cezasına hükmedilme sebebidir.

Türk Ceza Yargılaması Hukukundan farklı olarak İslam Ceza Yargılaması Hukukunda uyuşmazlıklar, ihlale konu olan hakkın niteliği esas alınarak, şahsî dava ve kamu davası olmak üzere iki farklı şekilde yargı konusu edilebilmektedir. Bu bağlamda kul hakları ile kul hakkının üstün olduğu müşterek hakların ihlali, ancak

mağdurun ve suçtan zarar görenlerin şikâyeti üzerine yargı konusu edilebilirken, toplum menfaatini ilgilendiren hak ihlalleri ise kamu davası yoluyla yargı konusu edilebilmektedir. İslam Ceza Yargılamasında, *ispat külfeti davacıya, yemin ise davalıya düşer*, ilkesine göre, mağduriyet iddiasında bulunan kimsenin, söz konusu iddiasını, hukuk düzeninin öngördüğü şekilde şahitlerle ispatlaması gerekmektedir. Ancak bahsi geçen genel ilkeden istisna edilerek, kimi durumlarda davacının yemini de, üzerinde ittifak edilen bir husus olmamakla birlikte, bir ispat vasıtası olarak kabul edilmektedir.

İslam Ceza Hukukunda, şahsî hak ihlallerine ilişkin uyuşmazlıklarla sınırlı olmak üzere, mağdura ve suçtan dolayı olarak zarar gören mağdur yakınlarına, hukuk düzeninin öngördüğü şekilde, suçluyla bir bedel karşılığında uzlaşma ya da ceza uyuşmazlığını bütünüyle sona erdirecek biçimde suçluyu affetme yetkisi tanınmıştır. Bundan başka, Allah ile kul hakkının bir arada ihlali olarak değerlendirilen hırsızlık ve kazf suçlarında ise, kul hakkının ihlalinin öne çıkaran İslam hukukçularına göre, bir takım koşulların varlığına bağlı olarak mağdurun suçluyu affetmesi, hukuken geçerli bir işlemdir.

Son olarak İslam Ceza Hukukunda, ceza yargılaması sonucunda varlığı kesin olarak belirlenen mağduriyetin giderilmesine ilişkin düzenlemelere de yer verilmiştir. Bu bağlamda, kasıt benzeri ya da hataen işlenen adam öldürme ve müessir fiil suçlarında, diyet aslî bir yaptırım olarak düzenlenmiştir. Bununla birlikte bazı İslam hukukçularına göre, kasten işlenen ve kısas gerektiren suçlarda diyet, mağdurun ve suçtan zarar görenlerin tercihinine bağlı olmak koşuluyla, kısasa alternatif bir yaptırım olarak öngörülmektedir. Hırsızlık suçunda da, İslam hukukçularının çoğunluğunun had cezasıyla birlikte, ihlale konu olan malın iadesi veya tazminine hükmetmesi, doğrudan mağduru korumaya yönelik bir düzenlemedir. Doğrudan İslam Ceza Hukukuyla ilgili olan bu düzenlemelerden başka, esasen *cezaların şahsîliği* ilkesiyle çelişen âkile ve kasâme müesseseleri de, öncelikle mağduriyetin giderilmesi amacıyla yönelik olarak tesis edilmişlerdir. Zira söz konusu müesseseler yoluyla, ceza sorumluluğu olmayan kişilerin sebep olduğu mağduriyet ile fâili meçhul cinayetlerin ortaya çıkardığı mağduriyetin giderilmesi amaçlanmaktadır.

BİBLİYOGRAFYA

Kitaplar:

- ABDÜLAZİZ, Emir, **el-Fıkhu'l-Cinâî fi'l-İslam**, Dâru's-Selâm, Filistin 1997.
- AÇIKGÖZOĞLU, Muhammed, **Ceza Hukuku Açısından Teori ve Uygulamada Mağdur Kavramı**, Adil Yayınevi, Ankara 2000.
- AHMEYDÂN, Zeyyâd Muhammed, **Makâsıdu's-Şerîati'l-İslâmiyye, Müessesetü'r-Risale**, Beyrut 2004.
- AKDEMİR, Süleyman, **Ceza Hukukunda Mağdurun Korunması**, Akevler Akdeniz Bilimsel Araştırma Merkezi Yayınları, İzmir 1998.
- AKINTÜRK, Turgut, **Medeni Hukuk**, BETA Yayınları, İstanbul 2004.
- ÂLİM, Yusuf Hâmid, **el-Makâsıdu'l-Âmme li's-Şerîati'l-İslâmiyye**, Daru'l-Hadis, Kahire ty.
- ANSAY, Sabri Şakir, **Hukuk Tarihinde İslam Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara 2002.
- ARSLAN, Çetin ve Bahattin AZİZOĞLU, **Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Asil Yayınları, Ankara 2004.
- ARTUK, Emin, Ahmet GÖKCEN ve Caner YENİDÜNYA, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Turhan Kitabevi, Ankara 2005.
- ATAR, Fahrettin, **İslâm Adliye Teşkilatı**, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara 1991.
- AYDIN, Mehmet Âkif, **İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları**, İz Yayıncılık, İstanbul 1996.
- BAYINDIR, Abdülaziz, **İslam Muhakeme Hukuku (Osmanlı Devri Uygulamaları)**, İslami İlimler Araştırma Vakfı Yayınları, İstanbul 1986.
- BEHNESÎ, Ahmed Fethi, **el-Cerâim fi'l-Fıkhi'l-İslâmî**, Dâru's-Şurûk, Kahire 1983.
- _____, **el-Mevsûatu'l-Cinâiyye fi'l-Fıkhi'l-İslâmî**, I-IV, Dâru'n-Nahdati'l-Arabiyye, Beyrut 1991.
- el-BERÂZÎ, Ebû Saîd el-Berâziî Halef b. Ebi'l-Kâsım Muhammed (ö.430/1039), **et-Tehzîb fi İhtisâri'l-Mudevvene**, I-IV, Tahkîk: Muhammed el-Emin Veled Muhammed Sâlim b. Eş-şeyh, Dâru'l-Buhûs li'd-Dirâseti'l-İslâmiyye ve İhyâi't-Turâs, Dubai 2002.

el-BUHÛTÎ, Mansûr b. Yunus b. İdris (ö.1051/1641), **Keşşâfu'l-Kınâ' an Metni'l-İknâ'**, I-VI, Âlemü'l-Kütüb, Beyrut 1983.

BİLGE, Necip, **Hukuk Başlangıcı**, Turhan Kitabevi, Ankara 2000.

CENTEL, Nur, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, BETA Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2002.

el-CEZÎRÎ, Abdurrahmân. **Kitabu'l-Fıkh ale'l-Mezâhibi'l-Erbaa**, I-V, Dâr-u İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, Beyrut ty.

CİHAN, Erol ve Feridun YENİSEY, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 1996.

CİN, Halil ve Ahmet AKGÜNDÜZ, **Türk Hukuk Tarihi**, I-II, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul 1995.

ÇETİN, Erol, **Yeni Türk Ceza Yasasındaki Hakaret Suçları**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005.

DAĞCI, Şâmil, **İslam Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller**, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara 1999.

DEMİRBAŞ, Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005.

DİKİCİ, M. Fatih, **İcra-İflas Hukuku Ceza Hukuku Ceza Usul Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004.

DÖNMEZER, Sulhi ve Sahir ERMAN, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, I-III, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 1999.

EBÛ ZEYD, Hüseyin, **Ukûbetu'l-Cesediyye beyne's-Şerîati'l-İslâmiyye ve'l-Kânûni'l-Vad'ıyye**, I-II, yy., by. 1997.

ERBAY, Celâl, **İslam Ceza Muhakemesi Hukukunda İspat Vasıtaları**, MÜİFV Yayınları, İstanbul 1999.

EREM, Faruk, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku: Genel Hükümler**, I-II, Seçkin Yayınevi, Ankara 1995.

FUDAYLÂT, Cebr Mahmûd, **Sukûtu'l-Ukûbât fi'l-Fıkhî'l-İslâmî**, I-IV, Dâr-u Ammâr, Ürdün 1987.

HAFIZOĞULLARI, Zeki, **Ceza Normu**, US-A Yayıncılık, Ankara 1996.

HAKERİ, Hakan, **Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005.

_____, **Ceza Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005

HAMMÂSÎ, Fethi Tayyib, **ed-Darûretu'l-Merhaliyye fî Tatbîki'l-Kânûni'l-Cinâi'l-İslâmî**, Dâr-u Kuteybe, Dımaşk 2001.

el-HURÂŞÎ, Ebû Abdillâh Muhammed b. Abdillâh b. Ali (ö.1101/1689), **Şerhu Muhtasari Sîdî Halîl**, I-VIII, (Ali el-Adevî'nin haşiyesi ile), Dâr-u Sâdır, Beyrut ty.

İBN ÂBİDÎN, Muhammed Emin b. Ömer b. Abdülaziz ed-Dımaşkî (ö.1252/1836), **Hâşiyetu Reddi'l-Muhtâr ale'd-Dureri'l-Muhtâr**, I-VIII, Şerike Mektebe ve Matbaa Mustafa el-Bâbî el-Halebî, Kahire 1966.

İBN CUZEYY, Ebû Abdullah Muhammed İbn Ahmed b. Muhammed (ö. 741/1340), **el-Kavânînu'l-Fıkhiyye**, Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî, Beyrut 1989.

İBN FERHÛN, Burhânüddîn Ebû'l Vefâ İbrahim b. Şemsüddîn Ebû Abdullah el Mâlikî (ö.799/1397), **Tebsîratu'l-Hukkâm fî Usûli'l-Akdiye ve Menâhici'l-Ahkâm**, I-II, Tahrîc ve Ta'lîk: Cemâl Maraşlı, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1995.

İBN HAZM, Ebû Muhammed Ali b. Ahmed b. Said (ö.456/1063), **el-Muhallâ bi'l-Âsâr**, I-XII, Tahkîk: Abdulgaffar Süleyman, Dâru'l-Fikr, Beyrut ty.

İBN KUDÂME, Muvaffakuddîn Ebû Muhammed Abdullah b. Ahmed el-Makdisî (ö. 620/1223), **el-Muğnî ve's-Şerhu'l-Kebîr alâ Metni'l-Mukni'**, I-XIV, Dâru'l-Fikr, Beyrut 1997.

_____, **El-Kâfî**, I-VI, Tahkîk: Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türkî, Hecr li't-Tıbbâ ve'n-Neşr, Cize 1997.

İBN MUFLÎH, Ebû İshâk Burhânüddîn İbrâhim b. Muhammed b. Abdullah b. Muhammed (ö.884/1479), **el-Mubdi' Şerhu'l-Mukni'**, I-VIII, Tahkîk: Muhammed Hasan Muhammed İsmail eş-Şâfiî, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1997.

İBN NUCEYM, Zeynüddîn b. İbrahim b. Muhammed (ö.970/1562), **el-Bahru'r-Râik Şerhu Kenzi'd-Dakâik**, I-IX, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1997.

İBN RUŞD, Ebû'l-Velîd Muhammed b. Ahmed b. Muhammed b. Ahmed (ö.595/1199), **Bidâyetu'l-Muctehid ve Nihâyetu'l-Muktesid**, I-IV, Tahkîk: Mâcid el-Hamevî, Dâr-u İbn Hazm, Beyrut 1995.

İBN TEYMİYYE, Takıyyüddîn Ahmed el-Harrânî (ö.728/1328) **Mecmûatu'l-Fetâvâ**, I-XXXVII, Dâr-u İbn Hazm, Riyad 1997.

İBNU'L-HUMÂM, Kemâluddîn Muhammed b. Abdilvâhid (ö. 861/1457), **Şerhu Fethi'l-Kadîr**, I-IX, Dâr-u İhyâi't-Turâsi'l-Arabî, Beyrut ty.

İLÂHÎ, Fazl, **et-Tedêbîru'l-Vâkiye mine'z-Zinâ fi'l-Fıkhi'l-İslâmî**, Mektebetü'l-Maarif, Riyad 1985.

KARAMAN, Hayreddin, **Mukayeseli İslam Hukuku**, I-III, İz Yayıncılık, İstanbul 2001.

el-KÂSÂNÎ, Alâuddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd (ö. 587/1191), **Bedâiu's-Sanâi' fi Tertîbi's-Şerâi'**, I-X, Tahkik ve Ta'lîk: A. M. Muavvîd ve A. A. Abdulmevcûd, Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1997.

KAYAR, İsmail, **Borçlar Hukuku**, Detay Yayıncılık, Ankara 2004

el-KAYRAVÂNÎ, Ebû Muhammed Abdullah b. Abdurrahman Ebû Zeyd (ö. 386/996), **en-Nevâdiru'z-Ziyâdât alâ mâ fi'l-Mudevvene min Gayrihâ mine'l-Ümmehât**, I-XV, Tahkîk: Muhammed Haccî, Dârü'l-Garbi'l-İslâmî, Beyrut 1999.

el-MATÎRÎ, Feyhan Şâli Atik, **el-Kısâs fi'n-Nefs fi's-Şerîati'l-İslâmiyye**, Dârü'l-Leyne, by. 1999.

el-MÂVERDÎ, Ebi'l-Hasen Ali b. Muhammed b. Habîb el-Basrî el-Bağdâdî (ö.450/1058), **el-Ahkâmu's-Sultâniyye ve Velâyetu'd-Dîniyye**, Dârü'l-Kitâbi'l-Arabî, Beyrut 1999.

_____, **el-Hâvi'l-Kebîr fi Fıkhi Mezhebi'l-İmâm eş-Şâfiî ve Huve Şerhu Muhtasari'l-Müzenî**, I-XL, Tahkik ve Ta'lîk: A. M. Muavvîd ve A. A. Abdulmevcûd, Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1999.

MERAN, Necati, **Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı Suçlar**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005.

el-MERDÂVÎ, Alâuddîn Ebi'l-Hasan Ali b. Süleyman (ö. 885/1480), **el-İnsâf fi Ma'rifeti'r-Râcih Mine'l-Hulâf alâ Mezhebi'l-İmâm Ahmed b. Hanbel**, I-XII, Dâr-u İhyâi't-Turâsi'l-Arabî, Beyrut 1957.

MUHSİN, Abdülaziz Muhammed, **el-Himâyetu'l-Cinâiyye li'l-Cenin fi's-Şerîati'l-İslâmiyye ve'l-Kânûni'l-Vad'iyye**, Dârü'l-Beşîr, Kâhire, ty.

MUSTAFA, Kemal Cevdet Ebû'l-Maâtî, **Ukûbetü'l-Cinâye ale'n-Nefs fi's-Şerîati'l-İslâmiyye**, Daru'l-Hudâ, Kahire 1987.

NEBHAN, Muhammed Faruk, **Mebâhisu fi's-Şerîati'l-Cinâi'l-İslâmî**, Daru'l-Kalem, Beyrut 1981.

en-NEVEVÎ, Muhyiddîn Yahyâ b. Şeref Ebî Zekerîyyâ (ö.676/1277), **Ravdatu't-Tâlibîn ve Umdetu'l-Muftîn**, I-X, Dâru'l-Fikr, Beyrut 1995.

_____, **Kitâbu'l-Mecmû' Şerhu'l-Muhezzeb li's-Şîrazî**, I-XXIII, Tahkîk: Muhammed Necib el-Matûî, Mektebetü'l-İrşâd, Cidde ty.

ÖNDER, Ayhan, **Ceza Hukuku Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.

ÖZBEK, Veli Özer, **Ceza Hukukunda Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi**, Seçkin Yayınevi, Ankara ty.

ÖZGENÇ, İzzet, **Gerekçeli Türk Ceza Kanunu**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004.

ÖZTÜRK, Bahri, M. Rahmi ERDEM ve Veli Ö. ÖZBEK, **Ceza Hukuku Genel Hükümler Ve Özel Hükümler: Kişilere Karşı Suçlar**, Turhan Kitabevi, Ankara 2001.

_____, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2000.

PARLAR, Ali ve Muzaffer Hatipoğlu, **Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Veya Azaltan Sebepler**, Kazancı Yayınevi, İstanbul 2005.

PEKCAN, Ali, **İslam Hukukunda Gaye Problemi**, Rağbet Yayınları, İstanbul 2003.

er-RÂFİÎ, Ebû'l-Kâsım Abdülkerim b. Muhammed b. Abdülkerim el-Kazvinî (ö.623/1226), **el-Azîz Şerhu'l-Vecîz** ("eş-Şerhu'l-Kebîr" olarak bilinir), I-XIII, Tahkîk ve Ta'lîk: A. M. Muavvîd ve A. A. Abdulmevcûd, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1997.

er-REBÂBAA, Üsâme Ali Mustafa el-Fakîr, **Usûlu'l-Muhâkemâti's-Şerîyyeti'l-Cezâiyye**, Dâru'n-Nefâis, Ürdün 2005.

REİSOĞLU, Safa, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Onaltıncı Bası, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., İstanbul 2004.

er-REMLÎ, Şemsüddîn Muhammed b. Ebi'l-Abbâs Ahmed b. Hamza ibn Şihâbü'd-Dîn (ö.1004/1596), **Nihâyetu'l-Muhtâc ilâ Şerhi'l-Minhâc**, I-VIII, Dâr-u İhyâi't-Turâsi'l-Arabî, Beyrut 1992.

SAHNÛN, Saîd et-Tenûnî (ö.240/854), **el-Mudevvenetu'l-Kubrâ**, I-V, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1994.

SEMERKANDÎ, Alâeddîn (ö.539/1144), **Tuhfetu'l-Fukahâ**, I-III, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut ty.

es-SERAHSÎ, Şemsüddîn Muhammed b. Ahmed (ö. 483/1090), **Kitâbu'l-Mebsût**, I-XXX, Çağrı Yayınları, İstanbul 1983.

SOKULLU-AKINCI, Füsun, **Viktimoloji**, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 1999.

ŞAFAK, Ali, **Mezheblerarası Mukâyeseli İslam Ceza Hukuku**, Atatürk Üniversitesi Basımevi, Erzurum 1977.

eş-ŞÂFÎÎ, Muhammed b. İdris (ö. 204/820), **Mevsûatu'l-İmâmi's-Şâfî el-Kitâbu'l-Umm**, I-XV, Tevsîk ve Tahrîc: A. Bedruddîn Hassûn, Dâr-u Kuteybe, Beyrut 1996.

eş-ŞEYBÂNÎ, Ebû Abdullah Muhammed b. Hasan (ö. 189/805), **Kitâbu'l-Asl**, I-V, Âlemü'l-Kütüb, Beyrut 1990.

eş-ŞİRBİNÎ, Şemsüddîn Muhammed b. Muhammed el-Hatîb (ö. 977/1570), **Muğni'l-Muhtâc ilâ Ma'rifeti Maânî Elfâzı'l-Minhâc**, I-VI, Tahkik ve Ta'lîk: A. M. Muavvid ve A. A. Abdulmevcûd, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1994.

TOROSLU, Nevzat, **Ceza Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara 2005.

et-TÛRÎ, Muhammed b. Huseyn b. Ali (ö. h. 1138'den sonra), **Tekmiletu'l-Bahri'r-Râik Şerhu Kenzi'd-Dakâik**, I-IX, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1997.

TÛRCAN, Talip, **İslam Hukuk Biliminde Hukuk Normu**, Ankara Okulu Yayınları, Ankara 2003.

UDEH, Abdulkâdir, **et-Teşrîu'l-Cinâi'l-İslâmî**, I-II, Mektebetu Dâri't-Turâs, Kahire 2003.

UKÂZ, Fikri Ahmed, **Felsefetü'l-Ukûbe fî's-Şerîati'l-İslâmiyye ve'l-Kânûn**, Mektebetu Ukâz, Cidde 1982.

YAMAN, Ahmet, **İslam Hukukunda Uluslararası İlişkiler**, Fecr Yayınları, Ankara 1998.

YAYLALI, Davut, **İslam Hukukunda Sulh**, Taştan Matbaacılık, İstanbul 1993.

YAZIR, M. Hamdi, **Alfabetik İslam Hukuku ve Fıkıh İstılahları Kamusu**, I-V, Hazırlayan: Sıtkı Güllü, Eser Neşriyat, İstanbul 1997.

YILDIZ, Kemal, **İslam Yargılama Hukukunda Şâhitlik**, Hâcegân Akademi Kitaplığı, İstanbul 2005.

YILMAZ, Zekeriya, **Ceza Muhakemesi Kanununun Getirdiği Yenilikler Ve Yargılama Sistemi**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005.

YURTCAN, Erdener, **Ceza Yargılaması Hukuku**, 11. baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005.

ZEYDAN, Abdülkerim, **el-Kısâs ve'd-Diyât fi's-Şerîati'l-İslâmiyye**, Muessesetu'r-Risâle, Beyrut 1998.

_____, **Nizâmu'l-Kadâ fi's-Şerîati'l-İslâmiyye**, Muessesetu'r-Risâle, Beyrut 2002.

ZUHAYLÎ, Vehbe, **el-Fıkhu'l-Mâliki'l-Müyesser**, I-IV, Dâru'l-Kelimi't-Tayyib, Dimaşk 2002.

ez-ZEYLAÎ, Fahreddin Osman b. Ali (ö. 743/1343), **Tebyînü'l-Hakâik Şerhu Kenzi'd-Dakâik**, I-VII, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2000.

Makaleler:

ÇOLAK, Abdullah, “İslam Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa”, **EKEV Akademi Dergisi**, Sayı 19, s. 135-156, 2004.

YİĞİT, Yaşar, “İslam Ceza Hukukuna Göre Meşru Müdafaa Ve Hukukî Sonuçları”, **Diyanet İlmi Dergi**, Cilt 39, Sayı 1, s. 37-49, 2003.

Diğer:

Ansiklopedi Maddeleri:

ATAR, Fahrettin, “Af”, **Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (DİA.)**, Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 1988, c. I, s. 394-396.

BARDAKOĞLU, Ali, “Ceza”, **Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (DİA.)**, Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 1993, c. VII, s. 469-482.

_____, “Kasâme”, **Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (DİA.)**, Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 2001, c. XXIV, s. 528-530.

ŞAFAK, Ali, “Bağy”, **Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (DİA.)**, Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 1991, c. IV, s. 451-452.

YAVUZ, Cevdet, “Dava”, **Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (DİA.)**, Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 1994, c. IX, s. 12-16.

ÖZGEÇMİŞ**Kişisel Bilgiler**

Adı ve Soyadı : Ünal YERLİKAYA

Doğum Yeri : Isparta

Doğum Tarihi : 10.03.1979

Medeni Hali : Evli

Eğitim durumu

Lise : Isparta Merkez İmam Hatip Lisesi (1992–1999)

Lisans : SDÜ İlahiyat Fakültesi (1999–2003)

Yüksek Lisans : SDÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Ana Bilim Dalı (2003–2006)

Yabancı Dil ve Düzeyi

İngilizce : KPDS–52